

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia: análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Mary Luz Tobón Tobón

Directores

Rafael Rubio Núñez

Gonzalo Andrés Ramírez Cleves

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



**LA IMPOSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y
LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DURANTE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN EN COLOMBIA: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

TESIS DOCTORAL PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

Presentada por

MARY LUZ TOBÓN TOBÓN



**LA IMPOSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES
FUNDAMENTALES DURANTE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN EN COLOMBIA:
ANÁLISIS DESDE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

**Tesis doctoral presentada por
D^a Mary Luz Tobón Tobón
Para optar al grado de Doctor en
Estudios Superiores de Derecho Constitucional.
Bajo la dirección del Prof. Dr. D.
Rafael Rubio Núñez,
Profesor Titular de Derecho
Constitucional de la Universidad
Complutense de Madrid, y la codirección
del Prof. Dr. D. Gonzalo Andrés Ramírez Cleves,
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia**

Madrid, Septiembre de 2015

A Blanca, mi madre, Mario, mi tío, y en especial a Uriel, mi padre, su ausencia ha sido el motor para aventurarme en la búsqueda de los derechos humanos, la justicia y la paz.

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”.

Tomado de: ‘El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha’

Miguel de Cervantes Saavedra

AGRADECIMIENTOS

Cualquier intento de agradecimiento resulta insuficiente, cuando se trata de valorar una tesis doctoral, realizada con la ayuda del director de la tesis, el Dr. Rafael Rubio Núñez, y al Dr. Ignacio Torres Muro, profesores catedráticos el departamento de derecho constitucional, a ellos agradezco su confianza, experiencia y la posibilidad de llevar a cabo esta investigación.

Así mismo, recuerdo a tres de los constitucionalistas más importantes de Colombia, el Dr. Aquiles Arrieta Gómez, el Dr. Gonzalo Ramírez Cleves, y el Dr. Tulio Elí Chinchilla de quienes recibí su apoyo, y sus valiosos conocimientos.

Todos fueron parte esencial en mi proceso investigativo de diferentes formas y en distintas épocas, y a todos les doy mis más sinceros agradecimientos.

A mi familia que siempre estuvo a mi lado.

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
AGRADECIMIENTOS.....	5
LISTA DE TABLAS.....	11
ABREVIATURAS	12
RESUMEN ¹⁴	
ABSTRACT	15
INTRODUCCIÓN.....	16
PRIMERA PARTE: ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS.....	28
CAPÍTULO I. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE EXCEPCIÓN	29
1. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? El debate Schmitt vs Kelsen	30
2. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN VS DERECHO DE EXCEPCIÓN	43
2.1 El concepto defensa y estado de excepción	43
2.2 La realidad republicana y el artículo 48 de la Constitución de Weimar	51
3. MODELOS BÁSICOS DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN.....	57
3.1 La ausencia del derecho de excepción: el estado de necesidad.....	57
3.2 El estado excepcional	61
3.3 La dictadura	66
4. LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO SCHMITTIANO EN PRO DEL PODER.....	71
5. CONCLUSIONES	76
CAPÍTULO II. COLOMBIA: UN ESTADO DE EXCEPCIÓN PERMANENTE HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	80
1. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES COLOMBIANAS HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	81
1.1. El estado de sitio antes de 1886	81
1.2 El estado de sitio en la Constitución de 1886.....	84
1.3 Colombia: un estado de sitio desde 1949 hasta la Constitución de 1991	90
2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: EL FIN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA	93
2.1 Camino a la Constituyente de 1991.....	94
2.2 Las propuestas de reforma del estado de sitio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.....	100
3. REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	108
3.1 Clases de estados de excepción.....	114

3.1.1 Estado de guerra exterior (Art.212 C.P.)	115
3.1.2 Estado de conmoción interior (Art.213 C.P.)	116
3.1.3 Estado de emergencia, social y ecológica, o de grave calamidad pública (Art.215 C.P.).....	121
3.2 Sobre la discrecionalidad del Presidente de la República	126
4. SISTEMA DE CONTROLES	128
4.1 Control jurídico	130
4.2 El control político.....	133
4.3 El control de legalidad de los decretos de desarrollo proferidos durante los estados de excepción.....	135
5. CONCLUSIONES	139
CAPÍTULO III. LOS DERECHOS HUMANOS:	141
SU PROTECCIÓN NACIONAL, INTERNACIONAL Y GARANTÍA	141
1. EL PAPEL DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN UN NUEVO CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA	142
1.1 ¿Por qué una redefinición del concepto de derechos fundamentales en Colombia?	144
1.2 Los nuevos derechos fundamentales en la Constitución de 1991.....	154
1.3 Sobre la protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y los nuevos derechos	159
2. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y EL DERECHO COMPARADO	165
2.1 Una aproximación general al concepto del bloque de constitucionalidad	165
2.1.1 El bloque de constitucionalidad en el Derecho francés.....	168
2.1.2 El bloque de constitucionalidad en el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos	172
2.2 El bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica colombiana.....	176
3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	183
3.1 Sistema Universal de las Naciones Unidas	183
3.1.1 Instrumentos internacionales que rigen durante los estados de excepción	183
3.1.2 Órganos de Supervisión de los derechos humanos durante los estados de excepción en las NNUU	188
A. El Comité de Derechos Humanos	189
B. El Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos).....	190
C. Los enviados, relatores y representantes especiales de la Comisión de Derechos Humanos en los países de América Latina.....	191
D. El Relator Especial sobre los Estados de Excepción	194
E. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos.....	196
4. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	197
4.1 La Organización de los Estados Americanos (OEA).....	198

4.2 Instrumentos de protección del Sistema Interamericano	198
4.2.1 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948	198
4.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)	200
4.3 Órganos y mecanismos de supervisión establecidos en el Sistema Interamericano	202
4.3.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	202
4.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos	218
5. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	226
5.1 El Consejo de Europa	230
5.2 El Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma de 1950)	233
5.3 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	238
6. SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	246
6.1 Instrumentos del Sistema Africano.	249
6.1.1 La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	249
6.2 Órganos de Supervisión de Derechos Humanos.....	255
6.2.1 La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	255
6.2.2 La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.	260
7. CONCLUSIONES	264
SEGUNDA PARTE: SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS Y UTILIZACIÓN DE LOS PODERES EXCEPCIONALES EN COLOMBIA: 1991-2015	268
CAPÍTULO I. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.....	269
1. LA REGULACIÓN JURIDICO INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	270
1.1 Garantías formales previstas en el artículo 4 del PIDCP	273
1.1.1 Principio de Proclamación	273
1.1.2 Principio de Notificación.....	275
1.2 Garantías de fondo previstas en el artículo 4 del PIDCP	276
1.2.1 Las causales de suspensión.....	276
1.2.2 Principio de amenaza excepcional.....	279
1.2.3 Principio de la intangibilidad de los Derechos fundamentales.....	282
1.2.4 Principio de Proporcionalidad	283
1.2.5 Principio de necesidad.....	286
1.2.6 Principio de No Discriminación.....	289
1.2.7 Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional.....	291
1.2.8 Principio de temporalidad	295
2. LAS GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 27.2 IN FINE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (OC-9/87)	296

2.1 El hábeas corpus	297
2.2 El Recurso de Amparo	298
2.3 El Debido Proceso Legal.....	299
2.4 Garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno:	299
3. EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	300
3.1 Tránsito del núcleo esencial a la razonabilidad, la proporcionalidad y otras herramientas de decisión.....	305
4. APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LA DISTINCIÓN ENTRE SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN, Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	313
5. LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	320
6. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	323
6.1 El núcleo duro en el PIDCP, en la CADH y en el CEDH	323
6.2 El núcleo duro en el ordenamiento jurídico colombiano	328
7. LA IMPOSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA.	330
7.1 La prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales según el Artículo 214-2 de la Constitución Política de Colombia.....	330
7.2 La suspensión del Derecho Internacional Humanitario.....	340
7.3 Suspensión de los derechos económicos, sociales y culturales	343
8. CONCLUSIONES	346
 CAPÍTULO II. UTILIZACIÓN DE LOS PODERES EXCEPCIONALES EN COLOMBIA DESDE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 HASTA 2013	350
1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS	351
1.1 Concepción de Derecho Fundamental de la cual se parte	353
1.2 El Principio de Proporcionalidad.....	355
1.3 La Intensidad del Test de Razonabilidad o Proporcionalidad	362
1.3.1 Criterios de fijación de la intensidad del test de proporcionalidad a aplicar	364
2. DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN COLOMBIA	368
2.1 Examen formal en el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos	369
2.2 Examen material en el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos	369
2.2.1 El presupuesto fáctico	370
2.2.2 El presupuesto valorativo	372
2.2.3 Juicio sobre la suficiencia de los medios ordinarios	373
3. DECLARATORIAS DE ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR: 1991 – 2015	377

4. DECLARATORIAS DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA: 1991-2015	391
CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS	415
BIBLIOGRAFÍA.....	428
TABLAS	452

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. Intensidad del test de proporcionalidad o razonabilidad	364
Tabla 2. Derechos restringibles en estado de normalidad según la CADH y el PIDCP	452
Tabla 3. Núcleo duro de derechos humanos según la CADH, el PIDCP y el CEDH ...	452
Tabla 4. Declaratorias de conmoción interior gobierno Gaviria: 1990-1994.....	454
Tabla 5. Declaratorias de conmoción interior gobierno Samper: 1994-1998.....	459
Tabla 6. Declaratorias de conmoción interior gobierno Uribe: 2002-2010.....	468
Tabla 7. Declaratorias de emergencia gobierno Gaviria: 1990-1994.....	473
Tabla 8. Declaratorias de emergencia gobierno Samper: 1994-1998.....	474
Tabla 9. Declaratorias de emergencia gobierno Pastrana: 1998-2002	475
Tabla 10. Declaratorias de emergencia gobierno Uribe: 2002-2010.....	477
Tabla 11. Declaratorias de emergencia gobierno Santos: 2010-2015	489

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CIDH: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

CEDH: Convenio Europeo de derechos Humanos.

CrIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIJ: Corte Internacional de Justicia.

Corte: Corte Constitucional de Colombia.

DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DIH: Derecho Internacional Humanitario.

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.

LEEE: Ley Estatutaria de Estados de Excepción, o Ley 137 de 1994.

OEA: Organización de Estados Americanos.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ONG: Organizaciones no gubernamentales.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

SIPDH: Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

RESUMEN

Con esta tesis se busca demostrar el camino que ha tenido que recorrer la Corte Constitucional, para proteger los derechos humanos, durante los estados de excepción, toda vez que el contenido de los mismos, su interpretación y alcance fueron una carencia histórica durante la Constitución de 1886, se podría afirmar incluso, que en aquella época “*Colombia vivió en un estado de sitio permanente*”. No obstante, desde que se promulgó la Constitución de 1991, gracias al protagonismo judicial que ha tenido la Corte Constitucional para reconocer y proteger los derechos humanos más allá de teorías importadas, utilizando una especie de constitucionalismo criollo, no solo ha definido un nuevo concepto de derechos fundamentales a partir de la dignidad, ampliando la protección del contenido de ciertos derechos sociales, y de los derechos colectivos, sino que la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto, frente a los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, ha puesto una barrera infranqueable para que el Ejecutivo se abstenga de utilizar este mecanismo para suspender los derechos de los ciudadanos en aras de salvaguardar las razones de estado.

Por lo anterior, y dado de que el uso desmedido del estado de excepción no solo afecta a Colombia, sino que en la actualidad, esta figura se ha desnaturalizado en distintos países del mundo, convirtiendo lo “*anormal*” en “*regla*”, este trabajo es interesante para el derecho constitucional y el derecho comparado en la medida en que Colombia sería un ejemplo a seguir por otros países para acabar con el uso abusivo de los estados de excepción.

Palabras clave: Constitución, Estados de Excepción, Derechos Humanos, Suspensión de Garantías, Test de proporcionalidad, Derecho Constitucional, Derecho Internacional.

ABSTRACT

This Thesis seeks to demonstrate the road the Constitutional Court has had to travel in order to protect human rights during states of emergency, since the content thereof, interpretation and scope were a historical deprivation during the 1886 Constitution, one could even say that at that time “Colombia lived in a permanent state of siege”. However, since the 1991 Constitution was enacted, and thanks to the judicial prominence had by the Constitutional Court to recognize and protect human rights beyond imported theories, using a kind of Creole constitutionalism, it has not only defined a new concept from fundamental rights of dignity, extending the protection of the contents of certain social rights, and collective rights, but that the application of the proportionality test in the strict sense, against the legislative decrees issued during states of emergency, has placed an insurmountable barrier so that the executive refrains from using this mechanism to suspend the rights of citizens in order to safeguard the reasons of the state.

Therefore, given that the excessive use of state of emergency not only affects Colombia, but today, this figure has been denatured in countries around the world, making it “abnormal” to “rule”, this work is interesting for constitutional law and comparative law to the extent that Colombia would be an example for other countries to end the abusive use of states of emergency.

Keywords: Constitution, States of Emergency, Human Rights, Suspension of Guarantees, Test of proportionality, Constitutional Law, International Law.

INTRODUCCIÓN

Dejar a Colombia para realizar un doctorado en Estudios Superiores de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, supuso para mí el alcance de un sueño de muchos años. No solamente quería saber qué eran los derechos humanos, sino la forma en la que debían ser protegidos, porque en Colombia a lo largo del tiempo hemos visto como la Constitución en una tierra predestinada a sus cartas de batalla¹, ha padecido una muerte tibia debido a las frecuentes declaratorias de los estados de excepción.

Con estas inquietudes y dadas las condiciones particulares de la realidad colombiana, al encontrarme con la lectura de “*Legalidad y legitimidad*”², pude comprender que no se puede realizar un estudio profundo sobre el tema de la legislación de urgencia y el desbordamiento de los poderes del Ejecutivo sin estudiar a Carl Schmitt, quien no solo formuló por primera vez la teoría del estado de excepción en 1921 en su libro “*La Dictadura*”³, sino que coadyuvó a fomentar En efecto, el riesgo de la legislación de urgencia, frecuentemente materializado en el período de entreguerras, conllevó a que en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial se estipularan múltiples cautelas y prevenciones. Por ello, la regulación constitucional pretende equilibrar principios contrapuestos, como ocurre en todas las instituciones de excepción. Por una parte, al reconocer el poder extraordinario y darle carta de naturaleza constitucional, se hace posible escapar al dictado espontáneo de los hechos, e impedir que —como ha ocurrido en algunos ordenamientos constitucionales que no reconocían la legislación de

¹ “En este escenario polémico cada carta trata de prevalecer sobre la anterior a través de la formulación de un nuevo arreglo de herramientas legales y recursos políticos que la fracción dominante pueda usar como autoridad legítima contra las otras fracciones y también contra la mayoría de la población. De esta suerte, a lo largo de tres cuartos de siglo, los códigos políticos batallan entre sí, y a través de ellos el país batalla contra sí mismo y contra su pueblo en la búsqueda quimérica de la ley fundamental perfecta, del pacto definitivo que asegure el orden y la unidad de la patria”. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: una Crítica al constitucionalismo colombiano*. 2a. ed. Bogotá: CEREC, 1997. p. 106.

² SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Trad. Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2006. p. 21.

³ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura: 1916-1932*. Estudio preliminar de José María Baño León. Trad. José Días García y Pedro Madrigal Devesa. Clásicos del pensamiento. Tercer Milenio. Madrid: Tecnos. 2013. p. XLIII.

urgencia— ésta se desarrollase como una fuente *extra ordinem* sin sujeción a control alguno.

Desde entonces, son muchos los países del mundo que han consagrado esta institución en sus Constituciones. Desafortunadamente con el transcurso del tiempo, ha sido casi siempre un pretexto para ejercer la dictadura y quebrantar el principio democrático, porque pese a su conformación aparente como una fuente excepcional, en la práctica se ha configurado como un mecanismo de incorporación de normas al ordenamiento las cuales resultan de aplicación desproporcionada en relación con la literalidad de sus límites constitucionales.

Es más, en algunos países del mundo, y en Colombia, antes de la expedición de la Constitución de 1991, se puede afirmar que “*la excepción se ha convertido en regla*”⁴. En efecto, mientras en la actualidad el derecho internacional ha generado una jurisprudencia convergente, que es de imperativo cumplimiento para los Estados partes, de esta manera se configura así una suerte de estándar internacional de normas y principios que rigen las situaciones de excepción en todo momento, es decir: en tiempos de paz y de guerra en procura de la defensa de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad humana, pues en palabras kantianas: “*el hombre es un fin en sí mismo, y un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa*”⁵. En la mayoría de los estados latinoamericanos las autoridades estatales continúan utilizando la figura, sin tener en cuenta los estándares dados por los derechos humanos.

⁶ Para Valencia Villa “La legalidad marcial ha sido hasta ahora un mecanismo autodestructivo dentro de la tradición constitucional latinoamericana. Y no sólo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la dictadura constitucional es una estrategia de guerra controlada, un jacobinismo de tiempo de paz que los gobernantes emplean para obtener el sometimiento y la colaboración de los gobernados. La clave de todos los estados de sitio no es tanto una vocación tiránica de los gobiernos contra un jacobinismo de las instituciones, una ideología de la patria en peligro o de la nación en armas cuyo objetivo estratégico es tornar aceptable e incluso deseable la guerra del estado contra la sociedad” VALENCIA VILLA. Op. Cit. p. 89.

⁵ KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1783. [en línea]. Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/heler/150606.htm>. [Consulta: 30 Mayo, 2011]

Sin duda alguna, Colombia no pudo escapar a la influencia que ejerció la figura en Latinoamérica y en el resto del mundo, por ello bajo la vigencia de la Constitución colombiana de 1886 el estado de sitio fue usado irrazonablemente para controlar la violencia política y el fenómeno del narcotráfico sin que tuviera éxito alguno, siendo la más perjudicada la población civil al ver menguados sus derechos fundamentales por las prácticas abusivas del poder⁶. De hecho para algunos autores desde 1948, hasta la promulgación de la Constitución de 1991, Colombia vivió en un estado de sitio permanente.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, las cosas cambiaron mucho, y es que a pesar de la realidad colombiana, donde el conflicto armado, la pobreza, las presiones migratorias, las huelgas, y el comercio ilegal de estupefacientes, definen las causas estructurales de nuevos fenómenos de violencia que han aumentado progresivamente las tensiones sociales y políticas del país, que dan de una u otra forma la posibilidad de que Ejecutivo pueda declarar el estado de excepción o a su aplicación de facto, casi de manera permanente, convirtiendo lo “*Anormal*” en una costumbre “*Normal*”⁷, como ocurría antes, en la actualidad el estado de excepción se ha convertido en una figura en desuso, porque la última declaratoria del estado de excepción de conmoción interior fue en el año 2008, y se declaró inexecutable por parte de la Corte Constitucional, desde entonces, durante el gobierno de Santos solamente ha habido declaratorias del estado de emergencia.

Por lo anterior, con esta tesis pretendo analizar las causas que permitieron que la figura del estado de excepción en Colombia, no siguiera siendo un AS bajo la manga del Presidente de la República, que le permitiera suspender, restringir o limitar los derechos

⁶ La historia jurídico-constitucional colombiana es un largo trasegar por un permanente estado de excepción y en particular por el llamado con anterioridad estado de sitio. Al respecto, García Villegas señala que “igualmente, desde el cierre del Congreso — en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950) — hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Constitucionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997)”. En: Sousa, Buenaventura. y García, Mauricio. (dirs.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES. 2001. pp. 317-370.

⁷ Se ha dicho que la democracia colombiana ha sobrevivido gracias a la frecuente utilización del régimen de excepción. Quienes defienden las virtudes de este método de gobierno agregan que en un país en vía de desarrollo se necesita un gobierno fuerte que pueda dirigir la economía y protegerse de los ataques de los grupos insurgentes. Respetados economistas extranjeros comparten esta teoría (R. Heilbroner y L. Thurow). CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Estado de sitio y emergencia económica*. Bogotá: Contraloría General de la República, 1985. p. 21.

de los ciudadanos, para salvaguardar la seguridad jurídica, y las razones de Estado. En ese sentido se hace muy importante analizar cuál ha sido el papel que ha tenido la Corte Constitucional y la utilización del principio de proporcionalidad para determinar la exequibilidad o no de las declaratorias del estado de excepción.

Pero, a pesar de la aparente utilización temporal del estado de excepción como una fuente excepcional, como una auténtica legislación de urgencia, éste no ha sido el uso que la práctica política y la jurisprudencia colombiana le han reservado. Al contrario, esta figura ha permitido la incorporación de normas al ordenamiento jurídico colombiano, fenómeno conocido en Colombia, como el *blanqueamiento normativo*, toda vez que amparándose en situaciones de necesidad, el Gobierno permanentemente adopta decisiones normativas que se mantienen en el tiempo y que resultan desproporcionadas en relación con la literalidad de los límites constitucionales, porque poder de excepción de ninguna manera quiere decir poder omnímodo.

Lo anterior conlleva el riesgo de que una norma con rango de ley, como es el Decreto Legislativo, expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades excepcionales, pueda restringir no solo una norma de rango superior como es la Constitución Política de Colombia, sino suspender el contenido esencial de los derechos fundamentales, sin que exista un pronunciamiento eficaz por parte de las autoridades que ejercen el control de dicha normatividad, como son el Congreso y la Corte Constitucional.

No cabe duda entonces, de que el Estado colombiano ha infringido los derechos fundamentales de los ciudadanos, como límites a la actuación de las autoridades públicas, debido a la alarmante dimensión que ha adquirido la legislación de urgencia durante las últimas décadas, sin que existan mecanismos idóneos para garantizar los derechos humanos a lo largo y ancho del territorio colombiano, a pesar de que a diferencia de otras constituciones latinoamericanas y de la misma Constitución colombiana de 1886, la Constitución de 1991, en su artículo 214 numeral 2⁸, integra un

⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 214: “(...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del DIH. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”. PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos.

plus al ordenamiento jurídico colombiano, que va más allá de las normas del derecho internacional comparado al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales durante los estados de excepción, aunque no hagan parte del núcleo duro los derechos humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

De hecho, si se analiza la vigencia que han tenido los derechos humanos como límites que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades estatales durante las declaratorias de emergencia desde que se promulgó la Constitución de 1991, salta a la vista que el contenido de los mismos, su interpretación y su alcance, han sido una carencia histórica, dada no solo por la falta de adecuar la legislación de urgencia al ordenamiento internacional, y de manera específica a la CADH y al PIDCP, sino porque al fin de cuentas, los actores protagónicos de la historia nacional, no quieren que la Carta de derechos fundamentales sea la piedra angular de la Constitución. En ningún momento han pretendido alcanzar la única forma de hacer a la norma suprema digna de tal nombre.

Por lo anterior, y con la conclusión primigenia, de que el Estado colombiano ha infringido los derechos fundamentales de los ciudadanos, como límites a la actuación de las autoridades públicas, debido a la alarmante dimensión que ha adquirido la legislación de urgencia durante las últimas décadas, contraviniendo flagrantemente el artículo 214-2 de la Constitución de 1991, desde el año 2007 empecé mi tesis doctoral con la siguiente pregunta: *¿Es posible a la luz del artículo 214-2 de la Constitución Política de Colombia suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción?*.

Para dar respuesta a este interrogante escogí una metodología deductiva, pues a partir de una teoría general sobre los estados de excepción y los derechos humanos, como conceptos o variables independientes, realicé en la *primera parte* de mi investigación un análisis descriptivo de ambos conceptos, y luego concluí en la *segunda* parte con un estudio teórico-analítico sobre la figura de la suspensión de garantías y la utilización de los poderes excepcionales en Colombia desde la promulgación de la Constitución de

Compilación: "Constituciones políticas nacionales de Colombia". 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

1991 hasta el año 2015, para sustentar la hipótesis de este trabajo sobre la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción a la luz del artículo 214-2 de la Constitución Política de 1991.

Así, movida por la realidad colombiana, y aun estando lejos de ella, en la primera fase de la investigación me interese por hacer un análisis descriptivo de la figura de los estados de excepción en el derecho comparado, luego aborde el fenómeno a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, repasando sus orígenes y su evolución en el constitucionalismo moderno, y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) y en el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), quienes nos proporcionan suficientes elementos de referencia, para demostrar en la segunda parte de este escrito, que según el artículo 214.2 de la Constitución de 1991, en Colombia no es posible suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales durante los estados de excepción, ni siquiera los que están por fuera del núcleo duro de los derechos humanos, y que según la CADH y PIDCP se pueden suspender en otros países durante las épocas de anormalidad, lo mismo ocurre con otros derechos que aunque no se encuentren expresamente consagrados dentro del núcleo duro de derechos humanos, dada su intangibilidad y el tratamiento dado por la Corte Constitucional a estos derechos, como ocurre con DESC o los derechos de solidaridad, al ser inherentes a la dignidad humana tampoco podrán ser suspendidos.

En consecuencia, la primera parte de esta investigación comprende tres capítulos. En el *primero* de ellos titulado: *“La Defensa de la Constitución y Derecho de Excepción”* en primer lugar, se analiza el debate Schmitt Vs. Kelsen sobre la pregunta ¿quién debe ser defensor de la Constitución?, en segundo lugar, se analiza el concepto de la defensa de la Constitución Vs. derecho de excepción, haciendo énfasis en la realidad republicana y el artículo 48 de la Constitución de Weimar, luego se estudia el proceso de la evolución histórica de los estados de excepción, realizando una comparación de los modelos que contemplan esta figura, en las diferentes legislaciones del mundo y en diversas épocas, y finalmente la actualidad del pensamiento schmittiano en pro del poder.

En el *segundo capítulo* titulado: *“Colombia: un estado de excepción permanente hasta la Constitución de 1991”* se aborda la figura de los estados de excepción en la

historia constitucional colombiana, y de manera especial en la Constitución de 1991, realizando un estudio profundo sobre la regulación constitucional, legal y jurisprudencial de la legislación de urgencia en Colombia, señalando sus aspectos básicos, tales como: elementos conceptuales, naturaleza jurídica, características propias, clases y el sistema de sus controles, tanto el jurídico, realizado por la Corte Constitucional de Colombia, como el político, realizado por parte del Congreso de la República, haciendo énfasis en el control jurídico y el juicio de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional a los decretos legislativos que declaran el estado de conmoción interior y la emergencia económica, social, ecológica o calamidad pública.

De este modo, siendo evidente que incluso durante los estados de excepción, la apuesta constitucional de Colombia por un Estado social, compromete el entendimiento de la democracia constitucional como un sistema anclado a los derechos humanos, en el *tercer capítulo* intitulado: “*Los derechos humanos: su protección nacional, internacional, y garantía*” se inicia abordando el tema de los derechos fundamentales en la Constitución Política de Colombia de 1991⁹, lo cual es muy novedoso para el derecho comparado, debido a la incorporación de nuevos derechos fundamentales, que han sido creados por la Corte Constitucional de Colombia, a partir del concepto de la dignidad humana, lo cuál amplía el campo de protección de los derechos que deben ser protegidos durante los estados de excepción; luego se aborda el concepto del bloque de constitucionalidad, realizando una aproximación desde el derecho colombiano y el derecho comparado; después se aborda el tema de los derechos humanos como eje principal para evaluar su protección internacional y garantía, como presupuesto formal y material de la democracia, de conformidad con los distintos sistemas de protección, como lo son, el Sistema Universal de las Naciones Unidas, el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema Africano, haciendo énfasis en los instrumentos y en los órganos de protección y supervisión de los derechos humanos, durante los estados de excepción.

En este orden de ideas, y luego de haber creado un marco general de estudio sobre la figura de los estados de excepción y los derechos humanos, en la segunda parte de esta tesis, sustentaré la hipótesis de que en Colombia a la luz del artículo 214-2 de la

⁹ *Ibíd.*

Constitución Política, no es posible suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales durante los estados de excepción, ni siquiera los que están por fuera del núcleo duro de los derechos humanos, y que según instrumentos internacionales como el CEDH (Artículo 15.2), la CADH (Artículo 27.2) y el PIDCP (Artículo 4.2) se podrían suspender, limitar o restringir durante los estados de excepción en otros países, porque precisamente es de la naturaleza del estado de excepción la posibilidad de suspender, limitar o restringir los derechos, para salvaguardar el orden público, o la seguridad del Estado, cuando nos enfrentamos a una crisis, que no puede ser resuelta con las facultades ordenarias del Estado.

Para desarrollar tal planteamiento, *la segunda parte* de este trabajo intitulada “Suspensión de garantías y utilización de los poderes excepción en Colombia: 1991-2015”, comprende dos capítulos, en el primero de ellos se aborda el fenómeno de la suspensión de garantías durante los estados de excepción en Colombia, y en el segundo se analiza la utilización de los poderes excepcionales en Colombia durante las dos últimas décadas, desde que se promulgó la Constitución Política de 1991, con el consecuente análisis de los derechos y las libertades de los ciudadanos, que se han visto vulnerados mediante la legislación de urgencia, por el uso abusivo de esta figura por parte de las autoridades públicas.

El *primer capítulo* titulado “*Suspensión de garantías durante los estados de excepción*” en primer lugar se aborda la regulación jurídico internacional de los estados de excepción, haciendo un análisis de los derechos intangibles y no intangibles; en segundo lugar, se analizan los principios que establecen los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, como garantías formales y materiales, previstas en el PIDCP, y en la CADH, estas garantías son muy importantes porque sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, y su incumplimiento durante los estados de excepción, por parte de los Estados, genera responsabilidad internacional para los mismos; en tercer lugar, se realizan algunas aproximaciones a la distinción entre los conceptos de “suspensión”, “limitación” y “restricción” de los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, *en cuarto lugar*, se analizan las “*limitaciones*” que pueden sufrir los derechos que no hacen parte del núcleo duro de derechos humanos, y

que por lo tanto, están autorizadas por los tratados internacionales, tanto en épocas de “normalidad” como de “anormalidad”, señalando de manera expresa los derechos que pueden ser restringibles según la CADH y el PIDCP; en quinto lugar, se analiza el concepto del “núcleo duro de derechos humanos”, lo cual nos permite determinar cuáles derechos fundamentales son intangibles, y por lo tanto, son derechos absolutos, que no admiten la suspensión, ni la limitación, ni la restricción del mismo, ni siquiera en estados de excepción, y por lo tanto, deben ser garantizados en todo tiempo por los Estados; para terminar este capítulo se realiza un análisis de la imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, el cual al tenor del artículo 214-2 de la Constitución Política de 1991, de manera expresa prohíbe la suspensión de los derechos humanos y las libertades públicas durante los estados de excepción, y las normas del derecho internacional humanitario.

En el segundo capítulo denominado “*Utilización de los poderes excepcionales en Colombia desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 hasta 2015*” se realiza un análisis de las declaratorias del estado de conmoción interior y los decretos legislativos expedidos en Colombia durante las dos últimas décadas desde que se promulgó la Constitución de 1991, resaltando los gobiernos que de una u otra forma han adoptado medidas violatorias de derechos humanos, como límites en sí mismos, que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades públicas durante los estados de excepción, no solo a la luz del ordenamiento jurídico nacional y de manera específica del artículo 214-2 de la Constitución Política de Colombia, sino en el ámbito del DIDH y del DIH.

Por lo dicho, ciertamente, el objeto de estudio de esta investigación requiere un tratamiento más amplio y profundo en el campo de las ciencias jurídicas, pues aunque el tema reviste especial interés para la población colombiana, los escasos esfuerzos por parte los juristas colombianos para realizar un estudio analítico y profundo sobre el tema, hacen que esta investigación esté totalmente justificada. Así mismo, este estudio requiere de conocimientos científicos multidisciplinarios que abarcan esencialmente el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho internacional comparado,

especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Si bien, las primeras lecturas de Schmitt motivaron la idea inicial de mi investigación, fueron los estudios realizados por los autores españoles Pedro Cruz Villalón¹⁰, José María Baño León¹¹ y Florentín Meléndez¹², los que me permitieron indagar sobre el vacío existente en el tema de la suspensión de garantías en el ámbito internacional y al interior del ordenamiento jurídico colombiano, y de manera particular con el polémico artículo 214 de la Constitución Política de 1991.

En efecto, al realizar un rastreo bibliográfico o de trabajos monográficos que guardan relación con la investigación, el estudio más cercano al tema investigado, es una tesis presentada por Néstor Oswaldo Arias Ávila, para optar por el título de Especialista en Derechos Humanos ante el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense en 1991, y publicada en 1993 titulada: “*Suspensión de las garantías judiciales en los estados de excepción a nivel internacional*”. Luego, encontré que autores colombianos recientes, como Pedro Pablo Camargo¹³ y Clara Elena Reales Gutiérrez¹⁴, abordan el tema general de los estados de excepción, sin que exista un estudio profundo sobre la suspensión de garantías, y mucho menos pronunciamiento alguno sobre el artículo 214 constitucional.

Al finalizar mi tesis, y ante la ausencia de doctrina constitucional frente al tema, porque fue un trabajo realizado fundamentalmente a partir de la lectura, análisis e interpretación de la jurisprudencia colombiana, encontré la necesidad de realizar entrevistas personales a los magistrados y exmagistrados de la Corte Constitucional de Colombia y algunos de los constitucionalistas más importantes del país, los cuales sin

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro. El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 57.

¹¹ SCHMITT, CARL, Ensayos sobre la Dictadura..., Op. Cit., p. XLIII.

¹² MELÉNDEZ, Florentín. Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos. Tesis para la obtención del grado de Doctor en Estudios Superiores de Derecho Constitucional. Madrid: Universidad Complutense, 1997. p. 184.

¹³ CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia*. 3ª ed. Bogotá: Leyer. 2008. p. 75.

¹⁴ REALES GUTIÉRREZ, Clara Elena. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”. En: CEPEDA, Jose Manuel, MONTEALEGRE, Eduardo y ALEXEI, Julio. *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 615-713.

duda alguna aportaron sus valiosos conocimientos, dando lugar incluso a un punto de giro de 360°, al darme cuenta que gracias al juicio de proporcionalidad realizado por la Corte Constitucional a los decretos legislativos, el Presidente de la República ya no hecha mano del mecanismo de los estados de excepción, con la finalidad de resolver los problemas cotidianos que agobian la realidad del país.

Por lo anterior, fueron importantes los conocimientos de los magistrados Gonzalo Ramírez Cleves, Aquiles Arrieta Gómez, Gloria Lopera, Martha Victoria Sáchica, Juan Carlos Henao, Jorge Iván Palacio, María Cristina Gómez Isaza, Bernardita Pérez y de los reconocidos constitucionalistas Rodrigo Uprmy y Tulío Elí Chinchilla Herrera. Ellos Abrieron el camino para cambiar el rumbo de mi tesis y demostrar con ella el camino que ha tenido que recorrer el país para erradicar los Estados de Excepción, por medio del principio de proporcionalidad, lo cual sin duda alguna, es un caso interesante y un ejemplo, en el derecho comparado.

Es indiscutible entonces, que la Corte Constitucional de Colombia y su novedosa jurisprudencia, en la que se crean derechos fundamentales a partir de la dignidad humana y se le da la misma protección a los DESC y a los derechos colectivos, a partir del criterio de la conexidad, merecen ser estudiados no solo en Colombia, sino en el derecho comparado, como un caso especial de protección y de garantismo frente los derechos humanos. Recordando siempre que *“una sentencia no hace verano”* y la realidad de Colombia es amarga.

Así mismo, la aplicación de las medidas adoptadas en situaciones de anormalidad con relación a la garantía efectiva de los derechos humanos, no solo debe generar preocupación en quienes se interesan en la vigencia efectiva de un Estado de derecho, sino que es uno de los puntos de mayor preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, cuyas regulaciones limitan y condicionan el abuso del poder, durante los estados de excepción en épocas de crisis.

Se impone entonces, la necesidad de que el Derecho y el orden retornen nuevamente al cauce que les corresponde, salvaguardando los derechos fundamentales como límites en sí mismos, toda vez que a diferencia de otras constituciones de Latinoamérica, y de la misma Constitución de Colombia de 1886, la Constitución Política de Colombia de

1991 en su artículo 214.26, integra un plus que va más allá de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales, aunque no hagan parte de los derechos intangibles incluidos dentro del núcleo duro de los derechos humanos, según los instrumentos internacionales de protección a derechos.

PRIMERA PARTE: ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO DE EXCEPCIÓN

1. ¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN? EL DEBATE SCHMITT VS Kelsen

La época que transcurre entre el final de la I y el comienzo de la II Guerra Mundiales (1.919-1.939) se caracterizó por ser un período de *democracia inestable*. Un rasgo inherente a este período es el clima de crisis en el que se desarrolló, lo que propició la elaboración de teorías bastante reacias al positivismo dominante del anterior período constitucional. Además, para los académicos vuelven a ser foco de interés las garantías especiales de la Constitución y se demanda alguien que las proteja y mantenga.

En opinión de Schmitt¹⁵, en general la doctrina se encontraba bastante influenciada por las ideas judicialistas que tienden a atribuir el desenlace de cualquier cuestión problemática a un procedimiento de tipo judicial¹⁶. Pero lo más apremiante era la necesidad de protegerse contra el legislador, restringiendo la cuestión de la defensa de la Constitución a la mera defensa frente a leyes y decretos inconstitucionales¹⁷. En efecto, tal como se ha puesto de relieve en los textos constitucionales a lo largo del siglo XIX, la protección judicial de la Constitución no es más que una parte de las diversas instituciones de defensa y garantía, creadas con esa finalidad. Afirma que: “más allá de la defensa judicial hay otras muchas clases y métodos de proteger la Constitución”¹⁸

Conociendo las diferencias entre la evolución norteamericana y europea y la dificultad de deslindar el sentido “jurídico” y “político” de la “defensa de la

¹⁵ SCHMITT Carl. *La defensa de la Constitución*. Prólogo Pedro de Vega, Trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998. p. 40.

¹⁶ La publicación en 1931 de la obra “*La Defensa de la Constitución*” del jurista alemán SCHMITT, CARL, donde arremete en contra de las ideas kelsenianas sobre el control constitucional de las leyes por parte de los Tribunales Constitucionales motivó a Kelsen no solo a responder los planteamientos contenidos en ella, sino a explicar quién debía ser en su concepto el defensor de la Constitución en su célebre artículo “*¿Quién debe ser el Guardián de la Constitución*”.

¹⁷ Para Pedro Cruz Villalón durante el período de vigencia de la Constitución de Weimar surgen dos polémicas doctrinales, suscitadas por el silencio constitucional en la materia, que caminan paralelas: la relativa al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes del Reich, y la discusión en torno a quién debe ser el protector de la Constitución. En todo caso, casi desde el principio de la República weimariana la doctrina se dividió entre partidarios y adversarios del control judicial de las leyes del Reich. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 30.

¹⁸ SCHMITT, *La defensa de la Constitución...*, Op. Cit., p. 41.

Constitución”, como un ejemplo de la continua interrelación existente entre la política y el derecho, se origina el caldo de cultivo en la década de los años treinta, del conocido debate entre C. Schmitt y H. Kelsen para dar respuesta a la pregunta *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*.

Ya en los primeros renglones de la Defensa de la Constitución se anota una cuestión que es suficientemente aclaratoria para efectos de comprender adecuadamente el debate suscitado entre Schmitt y Kelsen en torno al problema de quién debe llevar a cabo la protección de la Constitución Política: “La demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”¹⁹. Y es que para la época de las posturas, Europa y especialmente la República de Weimar, atravesaba por un momento crítico en lo político, que para Schmitt en gran parte estaba determinado por las ideas de democracia liberal que en el ámbito jurídico, el constitucionalismo establece.

El haber sido Kelsen, en primer lugar, redactor de la Constitución de Austria de 1920²⁰, que estatuyó por primera vez en el mundo un sistema de control judicial de la Constitución, concentrado en el Tribunal Constitucional y luego el ser parte de dicho Tribunal aproximadamente durante diez años, es suficiente para saber que fue partidario de que la integridad de la norma fundamental debía estar a cargo de un órgano judicial. Con estos antecedentes, hasta 1930 resultaba innecesario para Kelsen exponer su posición argumentativa y mucho menos de manera contestataria, encaminada a demostrar el por qué la defensa de la Constitución debía encomendársele a un Tribunal.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 27.

²⁰ La acción pública de inconstitucionalidad que hoy tenemos en Colombia, con escasos cambios, data de 1910; sin embargo, la posibilidad de que un ciudadano pudiese acudir ante una autoridad para demandar una norma por ser contraria a la Constitución, no ha sido ajena a la historia constitucional del país. Ya el texto constitucional de Cundinamarca de 1811, para muchos la primera Constitución de la América hispánica, permitía a cualquier ciudadano hacer uso de una institución que algunos tratadistas como Carlos Restrepo Piedrahita han llamado “acción popular”. MENDIETA GONZÁLEZ, David. La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia. *En: Revista Vniversitas*. Bogotá (Colombia). No. 120 (Ene. – Jun., 2010), pp. 61-84. Hernando Valencia Villa se refiere a la acción de inconstitucionalidad expresando que “es probablemente la única contribución significativa del derecho colombiano al derecho occidental”. VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 149.

No obstante, la publicación en 1931 de la obra “*La Defensa de la Constitución*”²¹ del jurista alemán Carl Schmitt, donde arremete en contra de las ideas kelsenianas sobre el control constitucional de las leyes por Tribunales Constitucionales, motivó a Kelsen no solo a responder los planteamientos contenidos en ella, sino a explicar quién debía ser en su concepto el defensor de la Constitución en su célebre artículo “¿*Quién debe ser el defensor de la Constitución?*”²². En tal sentido, los dos autores parten en sus obras de conceptos constitucionales sustancialmente distintos sobre *la Constitución, el pueblo, el Parlamento y la democracia*, pues como se analizara a continuación, en esta controversia H. Kelsen defiende el “principio democrático”, mientras que C. Schmitt es partidario del “principio monárquico”.

El escenario de estos enfrentamientos dialécticos fue el período de entreguerras, que se ubicó a su vez en un contexto histórica y políticamente condicionado por la crisis. De este modo, tanto la “*Teoría Pura del Derecho*” de H. Kelsen²³, como el “*Decisionismo Schmittiano*”, se han considerado como típicos productos de la crisis de entreguerras. En el fondo la controversia entre estos dos autores Kelsen y Schmitt, plantea no solo una controversia de derecho constitucional, sino un desacuerdo de teorías políticas. En otras palabras, ambos discursos tratan de solventar un mismo problema político: la integración de las masas obreras dentro de un Estado donde las tensiones existentes tendían a hacerlo desaparecer.

Valga señalar que el referente del debate fue la Constitución alemana de Weimar expedida en 1919²⁴, luego de terminada la primera guerra mundial y de suscribirse el Tratado de Versalles²⁵, en el cual se impuso a Alemania, como país derrotado en ese conflicto el cercenamiento de su territorio, la prohibición de expandirse territorialmente y la obligación de pagar cuantiosas indemnizaciones a los países vencedores.

²¹ Cabe destacar que la confrontación entre Schmitt y Kelsen venía fraguándose con anterioridad, aunque el enfrentamiento directo se da justamente con la publicación de esta obra.

²² LOMBARDI, Giorgi. *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Estudio preliminar. Trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009.

²³ KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*. 4a ed. 9a reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 66.

²⁴ BÜHLER, Ottmar. *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Ed. Eloy García. Madrid: Tecnos, Clásicos del pensamiento, 2010. pp. 358 y ss.

²⁵ TRATADO DE PAZ DE VERSALLES, del 28 de junio de 1919, Sociedad de las Naciones, Salón de los espejos del palacio de Versalles, Francia. [en línea]. Disponible en: <http://www.versailles3d.com/es/au-cours-des-siecles/>. [Consulta: 8 Mayo, 2011]

Ante este conflicto, y dada la debilidad del Parlamento la solución schmittiana consistió en confiar en un Estado que diferenciase el amigo del enemigo, salvaguardando la unidad del mismo y la identidad de gobernantes y gobernados. Por el contrario, en el pensamiento kelseniano la democracia parlamentaria, concebida como “Estado de partidos”, podía remontar paulatinamente el antagonismo de clases impidiendo una revolución sangrienta²⁶.

Kelsen propone las bases para dar una definición de Constitución que se acople a sus tesis sobre el derecho y el Estado. En primer lugar considera que se debe distinguir entre dos términos: el concepto de norma fundamental o básica y el concepto de Constitución. La norma fundamental, básica o *Grundnorm*, según Kelsen es la norma cuya razón o fundamento de validez no puede depender de otra superior y se define como una prescripción de comportamiento, un imperativo categórico complementado con el elemento de la coacción. Por eso, define la norma fundamental como “aquella que establece que hay que comportarse como la Constitución prescribe”. En este caso la norma fundamental en sus propias palabras se enunciaría así: “Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución”²⁷.

La Constitución en sentido formal, “es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observación de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas.” Mientras tanto, la *Constitución en sentido material* está constituida “por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y especialmente la creación de leyes. Esta puede estar integrada no solo por normas escritas, sino también por normas de un derecho no escrito, elaborado consuetudinariamente”²⁸.

De hecho, Kelsen afirma que la Constitución, “por difícil que sea su reforma, es continuamente renovada para ponerla de acuerdo con las necesidades del tiempo”, por lo que “tiene que ser desbordado incesantemente el marco rígido de la codificación contenida en el documento constitucional”. Además puede ser que una Constitución se

²⁶ ESTÉVEZ ARAUJO, José. *La crisis del derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989. pp. 36 y ss.

²⁷ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho...*, Op. Cit., p. 66.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional, 1983. p. 147.

declare a sí misma eterna, o que algunos preceptos constitucionales se consideren irreformables. Después surge la duda sobre si “dicha Constitución o dichos preceptos pueden ser”, no obstante, “reformados o no, es decir, si jurídicamente pueden serlo”, ya que “la posibilidad real de su reforma está fuera de toda duda”. La respuesta del jurista vienés consiste en manifestar que “es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable”. De todas formas, reconoce que “esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna”, pues “no podrá imponerse una Constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella²⁹”.

De esta manera, algunos autores seguidores del concepto de “*Norma Fundamental o básica*” de Kelsen, así como los conceptos de Constitución formal y Constitución material, tratan de dar una solución doctrinal a la problemática que se presenta al querer sistematizar en una ciencia jurídica pura los problemas que se conjugan con realidades políticas, sociológicas e históricas.

Así mismo, durante la misma época, aparece Carl Schmitt como el primer teórico que en estricto sentido comienza a analizar el fenómeno de la Constitución desde el estudio de la Constitución misma. Con este autor se empieza hablar de una ciencia propia que tiene como temática el estudio de la Constitución y la relación de esta con los demás fenómenos jurídicos, sociológicos, políticos, históricos, etc. Por lo tanto, Schmitt formula un nuevo concepto de Constitución a partir de lo que constituye la realidad, no siendo la realidad otra cosa que la decisión política del conjunto, las fuerzas imperantes que se imponen, que forman la unidad y que organizan el poder y el derecho. A esta tendencia la denominamos, al contrario de Kelsen —positivismo jurídico—, *positivismo político*, pues lo que busca el autor es *sistematizar la Constitución como decisión política fundadora*³⁰.

La decisión política para Schmitt se caracteriza por las siguientes notas: se trata de una *decisión constitutiva*, puesto que establece cuáles son los intereses vitales de un pueblo en un momento determinado; de una *decisión polémica*, pues los intereses

²⁹ *Ibíd.*, pp. 331-332.

³⁰ *Ibíd.*, p. 131.

vitales se determinan por el procedimiento de señalar al enemigo que los amenaza; y de una *decisión autoritaria*, pues la autoridad política la adopta autónomamente imponiéndola a los sometidos a ella. Por medio de esta caracterización hace una apología de la apelación a la amenaza del enemigo externo como recurso para uniformizar autoritariamente la sociedad³¹.

En realidad, Schmitt no está abordando esta cuestión tan general, sino otra más concreta: la de cuáles son los intereses vitales de un pueblo y el papel que corresponde a la autoridad política en su determinación. Schmitt no se pregunta acerca de la relación entre hombre y mundo, sino de la relación entre autoridad política y los sometidos a ella³².

Por eso, el sentido de toda Constitución racional es lograr un sistema de organización que permita formar una *voluntad política* e instituir un *Gobierno capaz de gobernar*. Asimismo, considera la Constitución como una unidad, puesto que en toda normativa subyace “una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia”³³

La democracia y a la Constitución vista como un contrato supone en palabras de Schmitt:

La Constitución misma y la formación de voluntades políticas que en su ámbito se desarrollan aparecen como compromiso de los titulares del pluralismo político, y las variables coaliciones (según el sector real del compromiso: política exterior, política económica, política social, política cultural) de estos complejos sociales de poder transforman con sus métodos de actuación el estado mismo en una estructura pluralista (...) con ello se quiere significar que el Estado actual, juntamente con su Constitución es objeto de un compromiso entre las entidades sociales que intervienen como compromisarios (...) la Constitución ha de ser su Constitución, porque son ellos quienes la han llevado a término. Hacen valer sus derechos al poder político porque pueden titularse factores del compromiso, es decir, sujetos del contrato, pues gracias a ellos han llegado a efecto tanto la Constitución como todas las demás creaciones de la voluntad política³⁴.

Conforme a lo anterior, Schmitt define la *Constitución positiva* como aquella que “contiene la decisión o determinación política consciente de la concreta forma de

³¹ ESTÉVEZ ARAUJO. Op. Cit., p. 137.

³² *Ibíd.*, p. 139

³³ SCHMITT, *La defensa de la Constitución...*, Op. Cit., pp. 47 y 188.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 114-116

conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”. En otras palabras, la Constitución en sentido "positivo" es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política”. En todo caso, la decisión política es el fundamento de la Constitución. Al respecto son aclaradoras las últimas palabras del primer capítulo del su texto “*La Defensa de la Constitución*”:

A semejantes tendencias he contrapuesto en mi “teoría constitucional” el sistema de un Estado Constitucional democrático con un concepto positivo de Constitución. Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad³⁵

No obstante, para Schmitt la democracia no es incompatible con las formas autoritarias de ejercicio del poder político, pues afirma expresamente que democracia y dictadura no son incompatibles, por eso opina que a la democracia le es propio, en primer lugar, la homogeneidad, y en segundo lugar, en caso necesario, la segregación o aniquilación del heterogéneo, tal como afirma en su obra “*Teoría de la Constitución*”:

...la democracia es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen... Dominación o gobierno no pueden nacer de una desigualdad de una desigualdad, de una superioridad de los dominadores o gobernantes, de que los gobernantes sean de algún modo cualitativamente mejor que los gobernados. Según su sustancia, tienen que permanecer en la igualdad y homogeneidad democráticas. Porque uno domine o gobierne, no por eso puede salirse de la identidad y homogeneidad de pueblo. Por lo tanto, la fuerza o la autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas calidades inaccesibles a pueblo, sino solo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad a sí mismos De este modo recibe su sentido ideológico la expresión de que la Democracia es una dominación del pueblo sobre sí mismo³⁶.

Siguiendo esta lógica, es diverso el entendimiento del *pueblo* para uno y otro autor. Según H. Kelsen “al pueblo únicamente puede estimársele como unidad en sentido normativo, ya que la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos,

³⁵ *Ibíd.*, pp. 1-6.

³⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Presentación y traducción de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p. 231.

sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es un postulado ético-político propugnado por la ideología nacional o estatal, en virtud de una ficción usualmente utilizada y por tanto, no sometida a revisión”³⁷.

A juicio de C. Schmitt, cualquier Constitución, desde la perspectiva democrática, se fundamenta en la decisión política concreta del pueblo dotado de capacidad política. Toda Constitución democrática supone un tal pueblo con capacidad. No obstante, su debilidad radica en que el pueblo ha de resolver las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar formado u organizado él mismo. Por ello, pueden ignorarse, interpretarse mal o falsearse con facilidad, sus manifestaciones de voluntad. Sobre el *pueblo y su participación* Schmitt expresaba:

El pueblo solo, puede decir sí o no; no puede aconsejarse, deliberar o discutir; no puede gobernar ni administrar; tampoco puede elaborar normas, sino solamente sancionar con su sí un borrador de normas en trámite. Tampoco puede, sobre todo, preguntar sino solo responder con un sí o no a una cuestión formulada. Si, en vez de responderse una Cuestión, se formulan una serie de listas de candidatos de partidos que se efectúan, ciertamente, de la manera más oscura y confusa por una Comisión de partidos- y el Gobierno evita también plantear cualquier cuestión decisiva a través de la disolución del Parlamento, entonces el procedimiento que debería reproducir una “votación” se convierte en una procedimiento intrínsecamente imposible. No es ya una votación, sino que tiene el sentido de un plebiscito; pero un sí tampoco llega a articularse como un plebiscito auténtico por falta de contestación o si lo hace es, en el mejor de los casos, por un incidente afortunado. Y, sin embargo, la legitimidad plebiscitaria es el único tipo de justificación estatal que debería reconocerse hoy, generalmente, como válida. Incluso es presumible que hoy la parte mayor de las tendencias vigentes hacía el “Estado autoritario” encuentren aquí una explicación. Estas tendencias se resuelven simplemente llamándolas nostálgicas, reaccionarias o restauradoras³⁸.

En la propuesta de Schmitt, el Parlamento, como órgano democrático representativo de la diversidad de intereses de la sociedad alemana, era un obstáculo para la concreción del régimen totalitario. Se le acusaba de ser una institución débil, más deliberante que decisionista; permeable a la infiltración del marxismo y del comunismo, los cuales, para entonces, en medio de la gran crisis mundial del capitalismo, constituía un peligro real de avance progresivo contra el sistema capitalista, puesto que había triunfado en Rusia, había iniciado la conformación de la Unión Soviética y su economía daba muestras de planeación y eficacia a través de los planes quinquenales. Para deslegitimar al

³⁷ Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Prólogo de Ignacio de Otto. 2a. ed. Barcelona: Labor, 1977. p. 30.

³⁸ Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad...*, Op. Cit., p. 23.

Parlamento no solo lo acusaba de ser un órgano disociador de la unidad del Estado incentivador del anarquismo, sino también dilapidador y corrupto.

De hecho, el autor alemán considera al Parlamento como un mecanismo artificial, y defiende la tesis de que la *democracia no solo disminuye, sino que agudiza la separación entre gobernantes y gobernados*, y opina que:

De hecho, la diferenciación entre gobernantes y gobernados puede resultar fortalecida y aumentada con respecto a otras formas de Estado, en tanto que las personas que gobiernan y mandan permanezcan en la igualdad sustancial del pueblo. Si consiguen la aprobación y la confianza del pueblo al que pertenecen, su dominio puede ser más fuerte y duro y su Gobierno más decisivo que el de cualquier monarca patriarcal o el de una oligarquía prudente³⁹.

Así, para Schmitt, la democracia en su más pura manifestación descansa en el principio de identidad, donde el que gobierna y los gobernados no se distinguen por ninguna diferencia cualitativa, en tanto partícipes de una misma homogeneidad sustancial, expresada en las costumbres, las creencias, los ideales e incluso la raza misma. Por esto afirma que naturalmente la voluntad del pueblo es siempre idéntica a la voluntad del pueblo, sea que se dé una decisión a partir del sí o del no de millones de votos depositados, sea que una sola persona, también sin votaciones, tenga la voluntad del pueblo.

Schmitt no renuncia, a que sea el pueblo, en cuanto materia prima del Estado, el poseedor primigenio de la soberanía, pero además advierte de su incapacidad natural para poner a funcionar la misma. Por eso expresa que el pueblo jamás podrá estar presente en identidad real, para tomar decisiones, sino siempre a través de otros; por este motivo, lo que más le conviene es que el depositario de su máximo poder sea aquella persona que se identifique cabalmente con él y represente sus valores principales.

De esta manera, tenemos en primera instancia, que soberano, en la teoría de Schmitt, es aquél que guarda en sí la voluntad del pueblo; y la guarda en tanto es idéntico a éste, en cuanto encarna los valores populares. Por eso la sociedad debe estar al servicio del

³⁹ *Ibíd.*, p. 211.

Estado, y el Parlamento-legislador carece de legitimidad, tanto para consolidar la unidad del Estado como para ser el defensor o “*custodio*” de la Constitución.

Por lo anterior, Schmitt depositaba la defensa de la Constitución, como expresión de los valores más preciados, esto es, la seguridad del Estado y la intangibilidad de la integridad territorial, en definitiva, en una institución: *el Jefe de Estado o Presidente del Reich*, cuya validez estaba determinada por el grado de decisión ejecutiva y material con que actuara de manera eficaz y efectiva –con el empleo de las armas si fuere necesario y aún a costa de los derechos fundamentales para mantener los valores anotados. La decisión política y la ejecución tienen para el jurista alemán mayor eficacia que la deliberación, la argumentación y la razón. Si alguna razón justificativa fuere necesaria, la única verdaderamente válida sería –para él– la realización del “*Estado Total*”.

Al contrario, Kelsen refuta la concepción del “Estado Total”, vale decir, del totalitarismo de Schmitt, con la afirmación de que esa categoría, entendida como unidad de la sociedad y el Estado es “...inexistente, ya que la lucha de clases no se da como oposición entre órganos estatales, sino como una lucha en la que una parte de la sociedad, que no se incluye en el Estado, porque no se identifica con él, lleva contra otra parte de la sociedad que “es” Estado, porque su ordenamiento garantiza los intereses de esa parte de la sociedad”⁴⁰.

En ese sentido, Kelsen estima que el Parlamentarismo equivale a la construcción “de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando con base en el principio de la mayoría”. De ahí que las diversas tentativas “*hacia la articulación estamental del Estado*” o “*hacia la dictadura*”, lleguen incluso a preconizar la desaparición del régimen parlamentario, aunque a la postre resultan ser una mera reforma del mismo⁴¹. En opinión de Kelsen la esencia de la democracia:

...se halla no solo en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría”, por lo tanto la justicia constitucional es, “en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de

⁴⁰ KELSEN, ¿*Quién debe ser el defensor de la Constitución?*..., Op. Cit., p. 48.

⁴¹ KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*..., Op. Cit., pp. 50 y 60.

aquella y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría...⁴².

Por lo anterior, Kelsen subestima el papel del Parlamento, como probable defensor de la Carta fundamental por considerarlo un órgano político con intereses en la norma llamada a revisar, la cual ha creado como legislador y sería el potencial infractor de la Constitución a defender. Es decir, carece de imparcialidad y no es una institución independiente de las presiones políticas y sociales. En consecuencia, para defender la Constitución Kelsen destaca las bondades de un control jurisdiccional concentrado de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional que, por fuera y por encima del poder judicial, sin la dependencia de la extracción popular y de los partidos, tenga el poder de anulabilidad por inconstitucionalidad de las leyes⁴³.

Al respecto, valga resaltar que con anterioridad al enfrentamiento con Schmitt, el propio Kelsen en su famoso artículo sobre “La Garantía Jurisdiccional” realiza él mismo, de algún modo una crítica a su teoría, al señalar que el Tribunal Constitucional debe actuar únicamente como legislador negativo, pero de ninguna manera convertirse, a través de una interpretación discrecional, en una especie de legislador sustituto. Por ello propone que se evite la discrecionalidad de los jueces constitucionales, eliminando las fórmulas vagas e imprecisas que den pauta a la libre interpretación del Tribunal puesto que de lo contrario la Justicia Constitucional tendría un poder totalmente inadmisibile. Las palabras de Kelsen son muy claras:

La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, *si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible*⁴⁴.

⁴² KELSSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999. pp. 52-53.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 52-53.

⁴⁴ KELSSEN, *La garantía jurisdiccional...*, Op. Cit., pp. 52-53.

A contrario sensu, para Schmitt los jueces no están llamados a defender la Constitución, por cuanto esta labor no haría otra cosa que, por un lado, politizar la justicia, ya que la decisión de un Tribunal sobre la constitucionalidad de una ley, invade la órbita del legislador, y, por otra parte, dada su falta de extracción democrática el control de constitucionalidad en manos de los jueces se desvirtuaría el esquema de división de poderes y se atentaría contra el principio democrático del Estado. Sobre el tema particular afirma que:

...mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: *trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga*⁴⁵.

Sin duda alguna, Schmitt insistió, en que tanto los jueces como el Parlamento carecen de legitimidad para velar por la integridad de la Constitución. Para el alemán el Presidente del Reich alemán quien tiene legitimidad para ser el custodio o guardador de la Constitución es el Jefe del Ejecutivo, pero no el canciller del Reich o Estado que derivaba su poder del Parlamento y por tanto, sin representatividad democrática directa y producto del órgano disgregador del Estado, sino el Jefe del Estado que era el Presidente del Reich, "...elegido por todo el pueblo alemán" (art.41), con posibilidad de reelección (44), quien jura "...guardar la Constitución..." (42), "...ostenta el mando supremo de las fuerzas de defensa del Reich", y, básicamente, con las facultades contenidas en *el artículo 48 de la Constitución alemana de Weimar* que estatúa en lo pertinente:

Si un Estado no cumpliera con sus obligaciones conforme a lo dispuesto en la Constitución o en una Ley del Reich, el Presidente del Reich puede hacérselas cumplir mediante las Fuerzas Armadas. Si la seguridad y el orden público se viesen gravemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich podrá adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y orden público, utilizando incluso las fuerzas armadas si fuera necesario. A tal fin puede suspender temporalmente el disfrute total o parcial de los

⁴⁵ SCHMITT, *La defensa de la Constitución...*, Op. Cit., pp. 57, 244.

derechos fundamentales recogidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153⁴⁶.

En suma, a juicio de Schmitt, si la Constitución se fundamenta en un acuerdo entre el príncipe y el pueblo, entre el Gobierno y la representación nacional, entonces cada una de las partes contratantes puede aparecer como defensora de aquella parte de la Constitución que establece sus propios derechos y atribuciones, y se mostrará propensa a considerar que la Constitución descansa esencialmente sobre los preceptos constitucionales que más favorables sean a sus aspiraciones. Pero también el Gobierno, símbolo de la unidad, puede ser concebido como “defensor de los organismos oficiales y protector de las instituciones del Estado”. De este modo para Schmitt “*el protector supremo de la Constitución es el Rey*” y le otorga neutralidad⁴⁷.

A su vez, Kelsen cuestiona el carácter supuestamente neutro, o ético-político que se le intenta atribuir al Jefe de Estado como expresión de la “efectiva solidaridad de intereses”, o sea de la representación en el Estado de la homogeneidad de los intereses sociales⁴⁸ y afirma que el jurista alemán, acoge la doctrina de Benjamin Constant porque lo que persigue es devolverle al Presidente el poder perdido, afirmando que solo la ideología de un Estado totalitario se escondía bajo la propuesta Schmittiana que utilizaba categorías iusnaturalistas disfrazadas de ciencia jurídica y sociológica.

No obstante, tampoco puede concluirse que para Kelsen un Tribunal constitucional libre sea la solución al problema, pues es consciente de las potenciales extralimitaciones en las que puede incurrir este órgano y por tal razón propone que: “debe limitarse lo más posible el espacio de la *libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal Constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiados generales, no deben emplear terminología difusa, como “libertad”, “igualdad”, “justicia”, etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del parlamento, no previsto

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ Ibíd.

⁴⁸ KELSEN, ¿*Quién debe ser el defensor de la Constitución?*..., Op. Cit., p. 61.

por la constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él⁴⁹.

Sin duda alguna, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las tesis Kelsenianas se imponen con gran fuerza en la mayoría de los Estados democráticos los cuales, sin embargo, no siguen ciertos aspectos señalados por Kelsen como fundamentales, como es el hecho de que las constituciones no deben introducir declaraciones dogmáticas ambiguas. Por el contrario, su utilización ha sido cada vez más frecuente como consecuencia del impacto de los derechos fundamentales y de la transformación del Estado Liberal de Derecho Clásico en Estado social de derecho, es entonces cuando surge el dilema de la Justicia Constitucional al que hemos venido refiriéndonos.

Es más, aunque en principio Kelsen no reconoció la existencia de valores supra o meta constitucionales, pues los que existieren debían estar explícitos en la propia Constitución a fin de evitar la especulación en el Derecho, siguiendo a Kant, en la Paz Perpetua, admitió tácitamente, uno supra-fundamental que fue la Paz Política de la Organización Estatal. No otra significación tiene la siguiente expresión:

...Y, así como una eventual justicia internacional tendría como fin hacer inútil la guerra entre los pueblos, la justicia constitucional se presenta -en última instancia- como una garantía de paz política en el interior del Estado...⁵⁰.

2. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN VS DERECHO DE EXCEPCIÓN

2.1 El concepto defensa y estado de excepción

El concepto “*la defensa de la Constitución*” se emplea para abarcar las más variopintas instituciones, del mismo modo que si elaborásemos una definición de “defensa del ordenamiento” en el que se incluyese tanto a la jurisdicción relativa a cada sector como a la sanción penal y también a las instituciones de policía”. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de la importancia que representa para la defensa de la Constitución democrática la propia existencia y regulación concreta de institutos propios del denominado “*derecho de excepción*”.

⁴⁹ Ibid., p. 33.

⁵⁰ Kelsen, *La garantía jurisdiccional...*, Op. Cit., p. 56.

Para Schmitt, la expresión “*defensa de la Constitución*” se ha de emplear con idéntico alcance que la locución germana “*Verfassungsschutz*”, que indica una técnica constitucional específicamente moderna, que estriba en proclamar ilegales conductas que no implican ni lesión de normas constitucionales ni ilícito penal, pero cuya finalidad es combatir el orden constitucional. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de la importancia que representa para la defensa de la Constitución democrática la propia existencia y regulación concreta de institutos propios del denominado “*derecho de excepción*”. Al respecto, Schmitt en su obra *La dictadura*, afirma que: “Quien domine al estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige”⁵¹.

Siguiendo esta línea de pensamiento, opina Cruz Villalón que “soberano” es, ante todo “el que decide sobre el *derecho de excepción*”. Por ello la elección sobre si una Constitución va a contener un derecho de excepción y, en su caso, cuál implica una de las decisiones básicas que ha de tomar el constituyente, y, por tanto, una de las expresiones fundamentales de su soberanía⁵². En ese sentido cabe preguntarse ¿si la Constitución necesita de garantías o, incluso, de un “defensor”, o si, por el contrario, la Constitución se defiende sola? nos encontramos entonces, con diferentes respuestas.

Como señala P. de Vega, será, básicamente, con las Revoluciones norteamericana y francesa cuando surge la preocupación por incorporar a la Constitución las instituciones relativas a su protección. Pero es a fines del siglo XVIII y durante el XIX cuando se desarrolla la teoría de la defensa y cuando se experimentan las vías para conseguirla⁵³. Las ideas referentes a un “defensor de la libertad” a un “defensor de la Constitución” se abrieron paso, particularmente en el círculo de Harrinton. Allí tiene su origen la idea de aquellas instituciones que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la revolución francesa. En la Constitución francesa de 1799 aparece por ejemplo, el Senado como defensor de la Constitución.

⁵¹ SCHMITT, *Ensayos sobre la Dictadura: 1916-1932...*, Op. Cit.

⁵² CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 23-24.

⁵³ VEGA GARCÍA, Pedro de. Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español. En: *Revista de Política Comparada*. No. 10 y 11. (1984); pp. 396-409

La “*defensa de la Constitución*” ya no se concibe entonces como “defensa abstracta de la norma”, sino más bien como “defensa de los valores” democráticos consagrados en la Constitución. Ello conlleva a que si en los inicios del constitucionalismo moderno lo que se busca en Europa es la protección de la legalidad constitucional con mecanismos políticos, con el paso del tiempo la preocupación más importante es proteger los valores políticos, por medio de instrumentos y vías jurídicas. No obstante, los medios jurídicos de protección constitucional, siempre están sometidos a los valores políticos y a los principios legitimadores del sistema constitucional.

En ese sentido, cuando en las constituciones alemanas del siglo XX, se prevé junto a otras garantías, un Tribunal de Justicia Constitucional para proteger la Constitución, en opinión de Schmitt, esto evidencia que la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto, pues por encima de esta protección judicial existen otras formas y muchos métodos para garantizar la Constitución.

En todo caso, la Constitución desempeña un importante factor de conservación porque tiende a conservarse a sí misma, mediante lo que clásicamente se designa como “*la defensa de la Constitución*”. Pero no se trata de cualquier ordenamiento fundamental, y no se puede confundir “legalidad” y “legitimidad”, pues la “*defensa de la Constitución*” va más allá de una mera defensa abstracta y neutral de las normas jurídicas, sino que hay que interpretarlas y aplicarlas a la luz de los principios y valores asociados al concepto de Constitución. Por tal motivo, precisamente del concepto de “*defensa de la Constitución*”, emergen de manera específica todos los procedimientos y garantías que la Norma Constitucional contempla para garantizar la continuidad del ordenamiento jurídico constitucional, de tal forma que aun en estados de excepción, épocas de anormalidad o de crisis los ciudadanos puedan ver salvaguardados todos sus derechos, sin que las autoridades ni los procedimientos puedan lesionar los principios esenciales y definidores que garantizan la vigencia y la supremacía de la Constitución en el Estado social de derecho.

Con relación a ello, Pedro Cruz Villalón reflexiona sobre las garantías de la Constitución, y afirma que la Constitución se defiende por sí sola, si existe un

sistema *inmanente* de garantías para proteger la misma, entre estas garantías encontramos las siguientes:

La concreta estructuración del poder político contenida en la Constitución garantizaría su propia permanencia, funcionaría, al mismo tiempo, como garantía de la Constitución. La expresión más característica de este planteamiento sería el principio de distribución y compensación interna del poder político, concebido éste como una pluralidad de *poderes* que se limitan y equilibran mutuamente. Sentido similar tendría la concepción del Jefe del Estado como “poder neutro” o, incluso, las mismas libertades públicas en una de sus funciones, cuyo ejercicio garantizado por la Constitución funciona, simultáneamente, como garantía de la Constitución misma. En todos estos casos podemos decir que la garantía de la Constitución se identifica con la Constitución misma y, en ese sentido, que la Constitución “se defiende sola”⁵⁴.

Las garantías de la Constitución *en sentido específico* no se agotan, sin embargo, en este tipo de garantías que podríamos designar como *garantías estructurales o diatópicas*, sino que aparece la necesidad de unas garantías que podríamos calificar como *temporales o diacrónicas*, toda vez que la Constitución no se concibe a sí misma operando en una situación atemporal, de rasgos inmutables, sino que asume el carácter de su propia existencia como existencia temporal. La Constitución se concibe a sí misma como “*ser en el tiempo*”⁵⁵.

La Constitución, en efecto, adquiere muy particularmente conciencia de su condición *temporal o existencial* cuando no se limita a contener un proyecto atemporal de organización de la comunidad política, sino que asume la posibilidad incluir su propia reforma, incorporando la regulación de ésta como parte integrante de sí misma. Por ello, el sentido de la norma de revisión de la Constitución, es doble: de un lado, la norma de revisión protege de forma constante la Constitución frente a la acción del legislador, es así, una garantía *permanente, diatópica de la Constitución*. De otro lado, la norma de revisión garantiza a la Constitución la posibilidad de mantener su eficacia, su fuerza normativa, a pesar de la evolución producida en la realidad social, frente a un presente distinto, al permitir el mantenimiento de la adecuada e indispensable correspondencia entre la norma constitucional y la realidad social; es, así, una *garantía diacrónica de la Constitución*⁵⁶.

⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales...*, Op. Cit., p. 14.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 15.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 15-16

Pero Cuando la Constitución es *súbitamente* confrontada con una *situación distinta, no prevista*, la Constitución puede no encontrarse en condiciones de garantizar su propia eficacia. Aparece entonces, la distinción entre *situaciones de normalidad y situaciones de excepción, entre circunstancias ordinarias y circunstancias extraordinarias*; surge así, en una palabra, el concepto de *crisis*. La *situación de crisis* puede ser caracterizada, de manera formal, como un supuesto frente al cual la Constitución no ha previsto o no cuenta con una respuesta adecuada; otro rasgo característico de la crisis sería, una situación en la que se ve superada la *capacidad normativa* de la Constitución, imponiéndose lo fáctico.

Conforme a lo anterior, el derecho de excepción es un derecho que *está* permanentemente *ahí*, con una serie de efectos sobre la Constitución *ordinaria*. La mera existencia del derecho de excepción pone de relieve frecuentemente hasta dónde un concreto ordenamiento constitucional está dispuesto a llegar en nombre de su propia seguridad sin con ello mismo desautorizarse. De esta forma, el derecho de excepción contribuye permanentemente otorgando legitimidad al sistema.

En todo caso en ese “estar ahí”, el derecho de excepción cumple de modo constante una función disuasoria frente a actitudes hostiles a la Constitución, entonces, el derecho de excepción se muestra no solo como *una garantía diacrónica*, es decir, como garantía de la Constitución frente a las situaciones de crisis, sino también como una *garantía estructural o diatópica*⁵⁷. La dimensión de esta cuestión es muy diversa dependiendo de la naturaleza de las crisis, las cuales son mencionadas a continuación.

En primer lugar, las “*crisis políticamente neutrales*”, poseen un origen ajeno exterior al funcionamiento de la Constitución, como sucede en los supuestos de aplicación del aforismo “*salus publica suprema lex*”. En ellas el mantenimiento de la comunidad es la finalidad fundamental, en relación con la garantía de su concreta organización política, y de su Constitución. Un ejemplo de ellas son las grandes catástrofes naturales o accidentes producidos por la mano del hombre. Se busca crear condiciones para el regreso a la Constitución *ordinaria*⁵⁸.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 27.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 19.

En segundo lugar, existen “*crisis políticas*” o “*crisis de la seguridad del Estado*”, en ellas la crisis no se origina en el exterior de la Constitución o del Estado sino que es una crisis de la Constitución misma, la cual, además, debe encontrar precisamente una solución en la *suspensión temporal del ordenamiento mismo*. Igualmente, se busca la vigencia del principio “*salus publica suprema lex*”, pero ahora “*salus publica*” no equivale a “*la supervivencia de la comunidad misma*”, sino más bien a la “*organización política*”, “*a su Constitución*”⁵⁹.

Así, para el filósofo alemán, la situación de crisis es solo una situación excepcional, y por este motivo, el poder soberano solo puede aparecer excepcionalmente. Tratar a la excepción como la norma y al poder soberano, como la autoridad cotidiana, es vaciar a dicho poder de toda la fuerza que le es propia, es arrebatarle su condición de extraordinario, vulgarizarlo, domesticarlo y, de esta manera, hacerlo inocuo ante la posibilidad de aparición de otras fuerzas que desafíen la supervivencia del Estado.

En consecuencia, para Schmitt, la aparición de la soberanía queda circunscrita, específicamente, a una situación de crisis; el poseedor de este atributo no debe intervenir en la normal operatividad de las instituciones en tiempos de calma o paz, sino que solo puede desplegar todo el poder que le es característico cuando la unidad estatal es puesta en crisis por alguna fuerza contraria a la misma.

El estado de excepción, pues, equivale a la caducidad de un orden regular y constituye el momento político por excelencia, porque solo en ese momento, y no durante la vigencia de la regularidad del orden, se pone de manifiesto quién es el verdadero soberano, porque es él —y solo él— el que puede decidir. De lo contrario no sería soberano, del mismo modo como Dios no sería Dios si no pudiera neutralizar el orden regular de las causas naturales. Con ello Schmitt identifica la esencia de la política con la decisión tomada en el momento de excepción y así transforma la excepción en norma de lo político⁶⁰.

Por lo anterior, solo la necesidad de pacificación dentro del Estado, en una situación de crisis, tiene como consecuencia la *declaración del estado de excepción* y de la figura

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 20.

⁵⁹ DOTTI Jorge y PINTO Julio. *SCHMITT, CARL: su época y su pensamiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2002, p. 32.

del *enemigo*. De esta forma, para Schmitt se da una interdependencia entre los conceptos de soberanía y excepción; pues, de un lado, la excepción se manifiesta como la condición de posibilidad para la aparición de la soberanía; y por otro lado, la facultad propia del soberano es la creación del estado de excepción, o mejor aún, la declaración del mismo. Declaración que debe atender a restablecer el orden que se ha roto.

En estas circunstancias, responder con una *suspensión temporal del ordenamiento mismo* que se pretende salvar se convierte en una decisión doblemente arriesgada. Ya no se trata solamente, como en el supuesto de las crisis políticamente neutrales, de garantizar la vuelta a la Constitución “*de normalidad*” sino de determinar si esa Constitución sigue siendo todavía posible, e incluso de si la medida de suspensión temporal de la Constitución no puede tener un efecto contrario al que de ella se espera, eliminando la legitimidad que todavía pudiera haber conservado, o podría llegar a ser incluso una Constitución distinta⁶¹.

Sin embargo, no se puede afirmar que cualquier *crisis política*, que no pueda solucionarse por los medios ordinarios, implique el desahucio de la Constitución; y que cualquier intento de responder a una situación de crisis en la seguridad del Estado, con medidas de suspensión de la Constitución sea un intento condenado al fracaso. Como se dijo antes, es necesario distinguir y graduar el tipo de crisis, y mientras las mismas se mantengan dentro de una determinada dimensión, es posible que la solución se encuentre en la previsión de algunas de estas situaciones y en la determinación de los mecanismos de respuesta.

Por lo anterior, la importancia histórica y actual del estado de excepción en el Derecho obedece a la dinámica de un desarrollo que ha convertido las emergencias y crisis en elementos integradores o desintegradores de una anómala situación intermedia entre guerra y paz. El soberano es el que *decide* la situación de excepción resolviendo la situación política generada implantando un orden concreto. Él es una suerte de transposición humana de la figura de "Dios" capaz de instaurar, de crear un nuevo orden: se trata de una decisión política creadora, que se aleja cada vez más del *derecho*.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 22.

De este modo, en Weimar se vincula la *soberanía* con la *capacidad de decisión* sobre la *situación de excepción* y por consiguiente sobre el mantenimiento de orden como el fundamento esencial de la legitimidad del poder. Por eso en su obra teórico-jurídica más importante Teoría de la Constitución de 1926 Schmitt expresa que: “*La Constitución ante todo no es norma, sino decisión*. Su validez es existencial, no jurídica, no proviene del hecho de ser una norma, sino que es consecuencia de una decisión: «tiene vigencia merced a la voluntad política del que la otorga»⁶².

Esa concepción *existencial* de la Constitución supone históricamente desconectar la norma fundamental de sus presupuestos espirituales, empezando por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Artículo 16: Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución”.

Schmitt no acepta esa concepción, sería tanto como poner un límite normativo al poder constituyente, pues considera que una Constitución es legítima cuando la fuerza y la autoridad del poder constituyente, que descansa en su decisión es reconocida, de lo contrario, es una pura situación fáctica. Por lo cual, ese reconocimiento no nace necesariamente del consentimiento, sino de la simple imposición de un orden. Así, su concepto de lo *político* como la relación *amigo-enemigo*, que para muchos es el concepto clave de toda su obra, no puede desligarse de su concepción central del “*soberano como el sujeto que decide sobre el estado de excepción*”. Por eso, aunque Schmitt tenga a la vista el artículo 48 de la Constitución de Weimar, su radicalización teórica fundamenta las bases de un autoritarismo sin límites.

Como una radiografía del pensamiento schmittiano sobre la dictadura, que está en la base misma del concepto de lo político, José María Baño León expresa que:

La dictadura nos permite vislumbrar su trasfondo: la nada, es decir, el Leviatán desnudo. He ahí una de las claves de la pervivencia del pensamiento schmittiano en la filosofía política: la justificación de cualquier poder. Lo irracional –la nuda fuerza– legitimado por un esquema hiperracional en el examen del pensamiento político. La decisión es el poder. Lo que Schmitt presta a este pensamiento tan antiguo como la humanidad misma es el aliento de la razón, de una razón que versa sobre un elemento

⁶² *Ibíd.*, p. 22.

irracional, místico, el arcano del poder⁶³.

2.2 La realidad republicana y el artículo 48 de la Constitución de Weimar

Durante el siglo pasado, en *Europa* la legislación extraordinaria tuvo una notable tradición, y en ocasiones funesta. En *Alemania* se encontraba reconocida como legislación de necesidad, en manos del Presidente del Reich, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar⁶⁴, y su uso fue extraordinariamente frecuente en los años inmediatamente anteriores al nacionalsocialismo. En la actualidad se encuentra reconocida en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, aunque en términos mucho más restrictivos.

Esa concepción prusiana tradicional acerca del estado de excepción persiste durante toda la etapa weimariana, y su reconocimiento constitucional se encuentra en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, pero es el párrafo segundo de este artículo, en donde se autoriza al Presidente del Reich a dictar todas aquellas medidas que considere necesarias para el mantenimiento de la seguridad y el orden público, incluso la facultad de *suspende*r determinados derechos fundamentales.

CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, Artículo 48: (...) 2) Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el Presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. *A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153 [libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto de correspondencia, libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de asociación y propiedad privada]...*⁶⁵

⁶³ SCHMITT, *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. XXXIX.

⁶⁴ Para el profesor GÓMEZ ORFANEL: "la institución presidencial fue diseñada como un contrapeso dotado de legitimidad democrática, al poder de un Parlamento del que se temía su omnipotencia. Para algunos autores el conjunto de poderes excepcionales del Presidente, recogidos en el célebre artículo 48 de la Constitución, equivaldría al núcleo fundamental de la Constitución. Incluso podría ser considerado como una Constitución de reserva (Nebenverfassung), utilizable -y esto es determinante para poder situar las aportaciones de SCHMITT, CARL- contra el resto de la Constitución con la justificación de defender de esta manera el orden constitucional básico". GÓMEZ ORFANEL, Germán. El final de la república de Weimar y Carl Schmitt. En *Estudios sobre Carl Schmitt*. Fundación Cánovas del Castillo, 1996. pp. 213-230 [Consulta: 13 Abr., 2009]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11382>.

⁶⁵ CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, Artículo 48. BÜHLER, Ottmar. *La Constitución de Weimar...*, Op. Cit.

Conforme a lo anterior, la mayoría de la doctrina de la época pensaba que utilizando las medidas del Art. 48.2, podría destruirse la Constitución, por lo que “la interpretación correcta de las medidas de la primera frase del párr. 2 no podían ir más allá de la suspensión de derechos, porque se trataba de un refuerzo de los poderes de policía ordinarios. En otras palabras, la mayoría de profesores consideraban que el Art. 48 no podía ir más allá de los poderes de un estado de sitio modernizado⁶⁶.

La posición de Schmitt era mucho más radical, porque permite la adopción de medidas de cualquier tipo. Por ello recurre a la diferenciación entre la dictadura soberana y dictadura comisarial para evitar la impugnación fácil de que la atribución indeterminada de plenos poderes constituía una quiebra del propio régimen democrático. Para Schmitt el Art. 48 es el caso típico de la dictadura comisarial, ya que el Presidente queda sometido al control del *Reichtag* y no puede adoptar sentencias o normas jurídicas, sino únicamente medidas, las apropiadas para el restablecimiento de la situación de emergencia⁶⁷.

El Presidente del Reich puede adoptar, según esto, todas las medidas necesarias, si bien su necesidad es apreciada por su propio arbitrio, de acuerdo con la situación de las cosas. Por ello puede también, como admitió el ministro de justicia del Reich, Schiffer en la Asamblea Nacional, cubrir ciudades con gases venenosos si en un caso concreto es esta la medida necesaria para el restablecimiento de la seguridad y del orden. Aquí no existe ninguna limitación como tampoco existe en ningún otro obstáculo a lo que exija la situación de las cosas para alcanzar un fin. Ahora bien, para que el apoderamiento ilimitado no signifique una disolución de toda la situación jurídica existente y la transmisión de la soberanía al Presidente del Reich, es preciso tener en cuenta que estas medidas son siempre de carácter fáctico únicamente y que, en cuanto tales, no pueden ser actos de legislación ni de administración de justicia⁶⁸.

Pero, la facultad de considerar si existe efectivamente o no una situación de grave peligro para el orden y la seguridad pública, no está sometida a control alguno, porque como se dijo antes, la decisión del estado de excepción en Weimar es configurada como una prerrogativa del Presidente del Reich.

Sin embargo, Schmitt no pretende convertir al Presidente en soberano, y señala los siguientes límites a la actuación del Presidente: “El Presidente no puede abolir la

⁶⁶ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. XLIV.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. XLV.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 289.

Constitución, pero tampoco puede atentar contra el mínimo organizativo que constituye el presupuesto de su propia existencia, entonces, por ejemplo: no puede atentar contra el Gobierno, pues sus decretos precisan de la contrafirma del canciller, no puede abolir la propia institución presidencial, ni puede atentar contra la existencia del Reichstag, puesto que debe aprobar las medidas que éste adopte”⁶⁹.

Al respecto, Estévez Araujo afirma que: "el artículo 48.2 autoriza al Presidente del Reich a violar el derecho, más no a crearlo (...) Schmitt efectúa un desdoblamiento entre la creación del derecho y la violación del mismo, entre el soberano entendido como legislador y el soberano entendido como *legibus solutus*"⁷⁰.

Si la Constitución formal configura como prerrogativa presidencial la decisión acerca del estado de excepción, la realidad constitucional nos muestra un incremento de los poderes del Presidente del Reich respecto de los previstos en el texto de la Constitución. Este incremento es el resultado de la falta de ejercicio por parte del Parlamento de sus facultades de control y de la atribución al Presidente de unas facultades legislativas excesivas. En efecto, como se dijo antes, el *párrafo 3 del Artículo 48* le otorgaba al Parlamento la posibilidad de que exigiera la derogación de las medidas extraordinarias adoptadas por el Presidente del Reich. Sin embargo, el hecho de que este control se efectuara " *a posteriori*" le restaba buena parte de su eficacia y en cualquier caso, el Parlamento no intentó ejercerlo prácticamente nunca⁷¹.

Si bien es cierto, la Constitución no atribuía al Presidente del Reich ningún poder legislativo, durante Weimar se llevaron a cabo algunas prácticas que hicieron posible que el Presidente dictará disposiciones con fuerza de ley. La primera de esas prácticas viciadas fueron las "*delegaciones legislativas*". A pesar de que la Constitución no preveía la posibilidad de que el Parlamento delegase en el Presidente la facultad de dictar disposiciones con fuerza de ley. Estas delegaciones se hacían con carácter genérico y sin establecer límites materiales o temporales en su ejercicio. Buena parte de

⁶⁸ ESTÉVEZ ARAUJO, Op. Cit., p. 196.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*, p. 44.

las disposiciones relativas a la *Sozialpolitik* se adoptaron por medio de este procedimiento de delegación legislativa⁷².

El otro mecanismo de atribución de facultades legislativas al Presidente se encuentra en el mencionado artículo 48.2, en el cual está contenida una autorización para que el Presidente dicte *ordenanzas con fuerza de ley*. Aun cuando la dicción literal del artículo habla de “*medidas*” (*Massnahmen*) y no de disposiciones normativas, esta doctrina fue aceptada sin dificultad tanto por las instituciones (Parlamento y Judicatura) como por la doctrina⁷³.

La institución presidencial fue diseñada como un contrapeso dotado de legitimidad democrática, al poder de un Parlamento del que se temía su omnipotencia...Para algunos autores el conjunto de poderes excepcionales del Presidente, recogidos en el célebre artículo 48 de la Constitución, equivaldría al núcleo fundamental de la Constitución. Incluso podría ser considerado como una “*Constitución de reserva*” (*Nebenveifassung*), utilizable —y esto es determinante para poder situar las aportaciones de Carl Schmitt— contra el resto de la Constitución con la justificación de defender de esta manera el orden constitucional básico...⁷⁴.

No obstante, Schmitt afirma que la medida es algo temporal y en relación con la finalidad del caso concreto; nada que tenga que ver con la norma que tiene una aspiración a la permanencia y vocación general no ligada a la necesidad de la situación concreta. De ahí que Schmitt, aunque para salvar la práctica del Reich sostiene que una medida se puede constituir en un reglamento de necesidad, impugne radicalmente la posibilidad general de dictar decretos-leyes por la vía del Art. 48.2⁷⁵.

De otro lado, si bien es cierto, el modelo teórico de la Constitución weimariana configura al Parlamento como la institución central del sistema político republicano, también lo es que, al final de la República en Weimar se dio un desplazamiento del sistema político parlamentario hacia el presidencialismo⁷⁶. Tal transformación fue

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ GÓMEZ ORFANEL, *El final de la república de Weimar...*, Op. Cit., p. 220.

⁷⁵ SCHMITT, *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. XLV.

⁷⁶ El mismo sistema político establecido en la Constitución es ya un intento de síntesis entre un régimen presidencialista y uno parlamentario. La división de poderes diseñada por la Constitución de Weimar atribuye al Parlamento el poder legislativo (art. 68) y la facultad de control político del Ejecutivo (art. 54). También al Parlamento corresponde la facultad de reformar la Constitución, si bien se precisa una

producto no solo del fortalecimiento de la figura del Presidente del Reich, sino de la adopción de prácticas políticas (entre ellas las medidas que se tomaban a la luz del Artículo 48.2), las cuales a pesar de estar viciadas, eran investidas de un tinte constitucional señalado por la doctrina de aquella época, y en especial de Carl Schmitt, al expresar que las medidas que adoptará el Presidente del Reich debían ser puestas en conocimiento del Parlamento, el cual podía exigir su derogación (Artículo 48.3).

CONSTITUCIÓN DE WEIMAR, Artículo 48:(...) 3) De todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1 y 2 de este artículo, el Presidente del Reich habrá de dar conocimiento inmediato al Reichstag.

Con relación al artículo 48 José María Baño León en su estudio preliminar sobre el texto de Schmitt “*Ensayos sobre la Dictadura*” expresa lo siguiente: “...Pese a no estar prevista como una disposición transitoria, con mucha anticipación, el Art. 48.2 se interpretó como una cláusula de plenos poderes, mientras la Ley que debía desarrollar el Art. 48 jamás se aprobó...”⁷⁷. No obstante, en mi opinión, el artículo 48.2 no atribuye al Presidente una potestad ni legislativa ni judicial. El Presidente no puede crear derecho ni en la forma de normas generales y abstractas que deroguen las leyes promulgadas por el Parlamento, ni en la forma de decisiones sobre los casos concretos.

En todo caso, Gómez Orfanel afirma que a partir del 27 de marzo de 1939, se puede hablar del “*comienzo del fin de la República de Weimar*”. A partir de este momento tiene lugar un cambio sustancial en el régimen político weimariano, pues desde 1930 hasta la subida de Hitler al poder, los gobiernos no dependen de la confianza del Parlamento, sino únicamente de la del Presidente. Es esta la fase final de la República, caracterizada por la pérdida del control político del Parlamento sobre el Ejecutivo, y la

mayoría de dos tercios para adoptar una decisión en ese sentido. La Constitución establece la figura de un Presidente elegido por sufragio universal (art. 41). El Presidente representa internacionalmente a Alemania, nombra y separa a los funcionarios y ostenta el mando supremo de las fuerzas armadas (arts. 45-47). Es además competencia del Presidente la designación del canciller (art. 53), aunque éste debía contar con la confianza del Parlamento (art. 54). También atribuye la Constitución al Presidente la facultad de disolver el Parlamento (art. 25). Todos los decretos presidenciales -entre ellos el de disolución del Parlamento- deben llevar la contrafirma del canciller o del ministro competente (art. 50). Por último, *el artículo 48* atribuye al Presidente la facultad de adoptar medidas excepcionales y de *suspender* determinados derechos fundamentales en situaciones de grave peligro para el orden público. Ver BÜHLER, Ottmar. *La Constitución de Weimar...*, Op. Cit.

⁷⁷ SCHMITT, CARL, *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. XLIII.

concentración del poder en el Presidente del Reich, quien concentrará en sus manos más poderes de los que tuviera otrora el emperador⁷⁸.

Y es que a pesar de la garantía que ofrecía el artículo 48 de la Constitución alemana de 1.919, consistente en que el Presidente del Reich alemán debía comunicar al Parlamento todas las medidas adoptadas, el artículo 25 de la norma posibilitaba la disolución del Parlamento alemán por parte del Presidente del Imperio. De hecho, en varias ocasiones el Parlamento acogió las medidas presidenciales tomadas en virtud del artículo 48, porque la disyuntiva era asumirlas o ser disuelto.

En este panorama, el año de 1933 marca el momento en que el Canciller Adolph Hitler asume la *Ley de Plenos Poderes* dictada por lo que quedaba del Parlamento de Weimar, con la que desaparece materialmente la República de Weimar: “*Hitler gobierna y legisla*”. Al fallecer Hindenburg, usando esta ley, Hitler se autodesignó Presidente del *Reich*, con lo cual además pasó a ser el Jefe del Estado Alemán, “*El Führer*”. En adelante, él será el titular del poder y como tal, lo ejercerá con las siguientes características: se instaura el orden estatal alemán; desaparecen los partidos políticos, salvo el partido nacionalsocialista; desaparición material del régimen federal, por la persecución despiadada de toda disidencia política; comienzan las persecuciones racistas.

En este panorama, la República de Weimar, su Constitución o si se prefiere los despojos que quedaban, fueron enterrados por la *Ley de Plenos Poderes*. Esta ley no solo fortaleció el Poder Ejecutivo, sino que durante su vigencia se incrementó en mayor medida la producción de *ordenanzas de necesidad*, de igual manera, la legislación de urgencia fue la “*normalidad*”, mientras que la *producción normativa del Parlamento*, digna de un Estado parlamentario como lo contemplaba la Constitución weimariana, fue la “*anormalidad*”.

Como muestra de la pérdida de poder del Parlamento, y el mayor peso adoptado por el Presidente del Reich, se incluye el siguiente cuadro sobre la producción normativa y la actividad del Parlamento, durante aquella época⁷⁹.

⁷⁸ GÓMEZ ORFANEL, *El final de la república de Weimar...*, Op. Cit., p. 221.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 228.

3. MODELOS BÁSICOS DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

En este apartado se analizarán muy someramente los modelos del derecho de excepción, atendiendo a la clasificación realizada por el autor español Pedro Cruz Villalón. Además, la figura del estado de excepción ha tenido cronológica y conceptualmente, diferencias significativas en la evolución constitucional, que se manifiesta en el modo de entender y concretar la defensa de la Constitución, en general, y el derecho de excepción, el cual cuenta con instituciones propias tales como: *La Martial Law, o leyes marciales, la suspensión de derechos y los plenos poderes*.

3.1 La ausencia del derecho de excepción: el estado de necesidad

El primero de los supuestos que debemos considerar es el de la Constitución que carece de un derecho de excepción, es decir, de institutos con los cuales enfrentarse a una situación de crisis. Ello es, con frecuencia, resultado de una opción consciente por parte del poder constituyente: no es tanto que el ordenamiento refleje una laguna en este aspecto sino que, por definición, *no se admite la hipótesis de que la Constitución pueda ser suspendida*⁸⁰.

Para Pedro Cruz Villalón: “No es tanto que el ordenamiento refleje una laguna en este aspecto, sino que, por definición, no se admite la hipótesis de que la Constitución pueda ser suspendida”⁸¹. Desde esta perspectiva la Constitución no dispone de un derecho de excepción, es decir, de mecanismos con los que pueda oponerse a una situación de crisis. Ello suele ser fruto de una opción consciente del poder constituyente. No se trata de que el ordenamiento contenga una *laguna*, sino de que se rechaza la hipótesis de que la Constitución “pueda ser *suspendida*”. Dentro de este modelo, el

⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías...*, Op. Cit., pp. 27-29.

⁸¹ *Ibíd.*

peligro de incluir la suspensión de la Constitución como una garantía, es superior al originado por la carencia de un derecho de excepción⁸².

En este orden de ideas, la ausencia de derecho de excepción (sea absoluta o residual) plantea el problema de cómo debe reaccionar el ordenamiento ante supuestos de quebrantamiento del mismo en una situación de crisis. Lo habitual, suele ser la exoneración parlamentaria del Gobierno mediante una “ley de indemnidad”, es decir, que el Parlamento libera de responsabilidad al Ejecutivo cuando éste ha requerido adoptar medidas que puedan quebrantar el ordenamiento jurídico. Un ejemplo concreto serían las Leyes de Plenos Poderes aprobadas durante la II Guerra Mundial en Gran Bretaña y Estados Unidos: las *Emergency Powers Act* de 1.939 y 1.940 en Gran Bretaña; y la *First War Powers Act*, de 1.941 y la *Second War Powers Act*, de 1.942 en los E.E.U.U.⁸³.

Este modelo es tomado por aquellos países que no contemplan expresamente la protección excepcional o extraordinaria del Estado. Se trata de “la técnica inglesa de las *indemnity bills* o leyes de exoneración de responsabilidad”. Sigue siendo fundamentalmente el modelo de países con una tradición constitucional ininterrumpida como Inglaterra, Estados Unidos o Suiza. En estos últimos se confía en que no se aprovechará la situación de crisis para desnaturalizar el régimen constitucional.

Valga recordar que los ingleses no reciben de sus antepasados una Constitución escrita con la que jurídicamente puedan resolver los problemas fundamentales de su convivencia. No existe en sentido estricto la Constitución formal. No obstante, los gobernantes y los gobernados en ese país, se encuentran con unas normas de conducta política elaboradas a partir de la costumbre a lo largo de siglos, que completan las posibles lagunas del derecho constitucional, al tiempo que facilitan la buena marcha del régimen actual.

En efecto, países como Bélgica, Estados Unidos e Inglaterra, amparándose en el efecto vinculante de su ininterrumpida tradición constitucional, no regulan expresamente la manera como se han de afrontar esos estados excepcionales. Es decir,

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

no contemplan un derecho constitucional de excepción y presumen que llegada la crisis, los poderes públicos fundamentalmente el Ejecutivo, determinarán la manera como se ha de responder. Una vez se ha restablecido el equilibrio, se adelantan, si hay lugar a ellos, juicios de responsabilidad por la manera como se manejó la crisis⁸⁴.

Al respecto, Pedro Cruz Villalón critica este modelo afirmando que: “si se pretende que tenga algún sentido la opción del constituyente en favor de un determinado derecho de excepción, la conclusión solo puede ser la antijuridicidad objetiva de la violación de la Constitución por parte de los gobernantes en las descritas situaciones (...) Si siempre va a ser posible invocar el “estado de necesidad”, el derecho de excepción escrito sobra⁸⁵.”

Quizás el ejemplo más representativo lo constituye el artículo 130 de la Constitución belga de 1.831, donde se manifiesta que “la Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte: *“La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie”*. Para el constituyente belga de 1831, como para los ordenamientos que adoptan la misma actitud, el riesgo de incorporar la suspensión de la Constitución como una garantía de la misma es en todo caso mayor que el derivado de la ausencia de un derecho de excepción⁸⁶.

De hecho, en Inglaterra tuvo su origen la institución de *La Martial Law* (ley marcial), que implica tal grado de alteración en los órganos del Estado y en especial de los tribunales de justicia, que se transforman en ineficaces ante esta alteración, por lo que solo podía actuar el poder militar⁸⁷. Estamos en presencia del derecho de las autoridades militares a limitar las libertades de los ciudadanos mediante la aprobación de disposiciones normativas, y a su aplicación por los propios Tribunales.

La idea de que en la guerra y el motín actúa la autoridad militar como sustitutivo de los tribunales, ha estado siempre viva en el sentimiento jurídico anglosajón y también en la ley americana de 1795, la cual confiere al Presidente de los Estados Unidos la facultad de llamar a la milicia, en caso de invasión enemiga o de desacato a la ley, de tal

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías...*, Op. Cit., pp. 30-31.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 28.

⁸⁷ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. 257.

manera que la situación de crisis no puede ser reprimida por la jurisdicción ordinaria y o por el Poder Ejecutivo, porque están sometidas a *La Martial Law*.

Esta institución ha inspirado las primeras manifestaciones de la regulación de las situaciones excepcionales en el continente europeo, que han consistido únicamente en meros instrumentos prácticos contra la represión de los tumultos y asonadas. La introducción a las Mutiriy Acts promulgadas bajo la reina Ana y Jorge I estaba concebida de tal manera que dejaba a la corona las facultades tradicionales para proclamar *La Martial Law*, pero solo en tiempo de guerra y fuera de la Gran Bretaña, como por ejemplo en Irlanda.

Los Artículos de Guerra han permitido desde Jacobo II la destrucción de la propiedad de los rebeldes y han conferido al comandante militar un poder, ilimitado en el exterior y limitado en el interior, para imponer penas corporales y de muerte. Pero el problema propiamente jurídico era cómo explicar jurídicamente las violaciones inevitables e inmediatas causadas por la ingerencia de la autoridad militar en el cuerpo, la vida y la propiedad, ya sea de los amotinados mismos o bien de terceros no participantes en el motín⁸⁸.

Así, pues *La Martial Law* es un espacio libre para la ejecución técnica de una operación militar, en el que debe acontecer lo que sea necesario con arreglo a la situación de las cosas⁸⁹. En consecuencia, para la concepción jurídica según la cual la división de poderes equivale a una situación de Estado de derecho, esta institución significa la supresión de la división de poderes y su sustitución por el meromando del comandante militar. Así, *La Martial Law* es una especie de situación ajurídica, en la que el Ejecutivo -es decir, la autoridad militar interventora- puede proceder sin tener en cuenta las barreras legales, conforme lo exija la situación de las cosas, en interés de la represión del adversario. Como fundamento jurídico para la situación ajurídica se hace valer de que en tales casos todos los demás poderes estatales resultan impotentes e ineficaces y, especialmente, los tribunales no pueden ya actuar⁹⁰.

⁸⁸ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. 256.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 259.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 257.

3.2 El estado excepcional

En aquellos ordenamientos que cuentan con un derecho de excepción Cruz Villalón diferencia dos modelos esenciales: *el estado excepcional y la dictadura constitucional*. El primero consiste en la conservación sustancial del ordenamiento constitucional, hasta en situaciones de crisis, con la previsión de un conjunto de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, las cuales en algunas situaciones de extrema gravedad pueden implicar la suspensión de la Constitución. Es el modelo más genuino de derecho de excepción e implica el máximo esfuerzo por ampliar la legalidad a las situaciones de emergencia. El segundo será analizado en párrafos posteriores.

El autor español Fernández Segado, concibe el *estado excepcional*, en un amplio sentido, como el conjunto de circunstancias, previstas, al menos genéricamente, en las normas constitucionales, que perturban el normal funcionamiento de los poderes públicos y amenazan las instituciones y principios básicos del Estado y cuyo efecto inmediato es la concentración en manos del Gobierno de poderes o funciones que, en tiempo normal, deben estar divididas o limitadas⁹¹.

Según Pedro Cruz Villalón, el punto de partida esencial del *estado excepcional* es la regulación de la emergencia. Únicamente bajo el entendimiento de que las hipotéticas situaciones de emergencia son relativamente previsibles, es posible emprender una demarcación de las actuaciones extraordinarias requeridas para salvar la crisis. En otras palabras, el derecho de excepción admite gradaciones, es decir, pueden coexistir *no uno sino varios estados excepcionales*⁹².

Este modelo es aplicado en aquellos países que no solo prevén, sino que regulan expresamente la protección extraordinaria del Estado, por tanto, disponen de un derecho constitucional de excepción, junto al derecho constitucional de la normalidad. Se trata de una serie de países que han resuelto responder normativamente y no desde el vacío o cuasi-vacío normativo a la excepción.

⁹¹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El estado de excepción en el derecho constitucional español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 18.

⁹² CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías...*, Op. Cit., pp. 31-32.

Para Schmitt, solo lo normal es cognoscible; todo lo demás constituye una “*perturbación*”. Frente al caso extremo se encuentra sin saber qué hacer. Porque no toda facultad extraordinaria, ni una medida cualquiera de policía o un decreto de necesidad son ya, de por sí, un estado excepcional, condicionando la existencia del estado excepcional a la suspensión total del orden jurídico vigente, expresando que:

Hace falta que la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente. Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. Ante un *caso excepcional*, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico⁹³.

El caso excepcional, impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo para su aplicación. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Por ello, es menester que el orden sea restablecido, e implantar una situación normal, y si como se mencionó anteriormente, soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre “*derecho de una situación*”.⁹⁴

Por lo anterior, la tendencia del Estado de derecho a regular y colocarle límites al estado de excepción no entraña sino el intento de circunscribir con precisión los casos en que el derecho *se* suspende *a sí mismo*. De este modo, la excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no solo

⁹³ SCHMITT, CARL. *Teoría Política*. Trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epilogo de José Luis Villacanas. Madrid: Trotta, 2009. pp. 17-18

⁹⁴ *Ibíd.*

confirma la regla, sino que ésta vive de aquella por eso un teólogo protestante del siglo XIX, ha dicho:

La excepción explica lo general y se explica a sí misma. Y si se quiere estudiar correctamente lo general, no hay que sino mirar la excepción real. Más nos muestra en el fondo la excepción que lo general. Llega un momento en que la perpetua habladuría de lo general nos cansa...Hay excepciones, y si no se acierta a explicarlas, tampoco se explica lo general (...) ni siquiera sobre lo general se piensa con pasión, sino con una cómoda superficialidad. En cambio, la excepción piensa lo general con enérgica pasión...⁹⁵

En efecto para Schmitt el orden y la seguridad pública tienen en la realidad concreta un aspecto diferente según sea una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización radical de un partido la que decida si el orden público subsiste, si se ha sido violado o si está en peligro. Porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma⁹⁶.

Ya sea solo Dios soberano, es decir, el que en la tierra obra como su representante indiscutible, ya lo sea el emperador, el príncipe o el pueblo, o sus representantes, se plantea siempre el problema del sujeto de la soberanía. La controversia giraba siempre alrededor de la misma pregunta: ¿quién asume las facultades no previstas en una disposición positiva, por ejemplo, en una capitulación?; o dicho en otros términos; ¿quién asume la competencia en un caso para el cual no se ha previsto competencia alguna? ¿Quién tenía a su favor la presunción del poder no sujeto a límites? ¿Quién dispone de las facultades no regladas constitucionalmente, es decir, quien es competente cuando el orden jurídico no resuelve el problema de la competencia?⁹⁷.

Si por medio de un control recíproco, por limitación de tiempo o, como ocurre en la reglamentación del estado de sitio, mediante la enumeración de las facultades extraordinarias, se consigue delimitar estrictamente las facultades para los casos de excepción, lo único que se logra es relegar a segundo término, más no eliminar, el

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 20

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 16 -18

⁹⁷ *Ibíd.*

problema de la soberanía. En consecuencia, con la aplicación de los poderes excepcionales hay lugar a un rediseño transitorio del funcionamiento del Estado. Así, para superar las situaciones de anormalidad, el órgano encargado de la conservación del orden público asume facultades especiales, que frecuentemente implican una restricción de las libertades públicas, y un reparto de sacrificios sociales, todo esto, con el fin de atender prioritariamente las causas de la crisis y mantener vigentes los cimientos del régimen democrático. De ese modo, a los estados de excepción les es consustancial “*un incremento de las facultades del Ejecutivo* ” y al mismo tiempo, “*una restricción del espacio de ejercicio de los derechos*”⁹⁸.

En este orden de ideas, este modelo se caracteriza por la *existencia de estados de excepción* a través de los cuales, el Estado puede suspender la vigencia de la Constitución de manera temporal y en los casos taxativamente enunciados para que una vez sea superada la crisis, se pueda restablecer el orden. Su fundamento se encuentra en el mantenimiento sustancial del orden constitucional, incluso en situaciones de crisis, con la previsión de una serie de competencias extraordinarias, taxativamente enumeradas, para extender el imperio de la ley a las situaciones de emergencia.

Por lo anterior, según Pedro cruz Villalón para garantizar la vigencia del orden constitucional, aparecen como elementos integrantes del *derecho de excepción* los siguientes: 1) La definición de la situación de emergencia. 2) La determinación de la competencia para apreciar la presencia de dicha situación y, consecuentemente, la facultad para declarar el *estado excepcional*, es decir, para decidir el recurso a las medidas previstas en el derecho de excepción. 3) La determinación de estas mismas medidas, taxativamente enumeradas. 4) Eventualmente, una serie de garantías adicionales previstas frente a la hipótesis de una utilización abusiva de las facultades extraordinarias previstas en el derecho de excepción⁹⁹.

Como ejemplos más representativos dentro de este grupo se destacan: *el artículo 48 de la Constitución de Weimar y el artículo 16 de la Constitución francesa de 1.958*. Pero si en la historia encontramos algunos ejemplos del *estado excepcional* en Inglaterra, pues en 1.689 se aprobó una Ley que suspendía el ejercicio de un derecho

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2002, Op. Cit.

⁹⁹ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías...*, Op. Cit., pp. 32-33.

fundamental como lo es el hábeas corpus. Del mismo modo, la suspensión del hábeas corpus la encontramos regulada en el artículo 1, sección IX, párrafo 2, de la Constitución estadounidense de 1.787. Más recientemente, encontramos ejemplos del *estado excepcional* en el artículo 103 de la Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos de 1.983; en los artículos 13 y 14 de la Constitución sueca de 1.994; en el artículo 48 de la Constitución griega de 1.975 y en el artículo 19 de la Constitución portuguesa de 1.976.

En efecto, el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 confiere al Presidente del Reich la facultad de declarar el estado de excepción, pero bajo el control del Reichstag, que siempre puede exigir su levantamiento. Esta reglamentación responde a la práctica del Estado de derecho y a su desenvolvimiento, donde, mediante la división de las competencias y su control recíproco, se procura aplazar lo más posible el problema de la soberanía¹⁰⁰.

De igual manera, tanto España, como Colombia consagran un derecho constitucional de excepción que comprende una regulación detenida del constituyente y una regulación complementaria del legislador. En ella se fijan los presupuestos para la declaratoria de un estado de anormalidad institucional, se señalan los límites de esas facultades, y se configura el sistema de controles a los que se somete el Ejecutivo, supeditando ese régimen a lo dispuesto en una ley de especial jerarquía, para el caso colombiano, de manera específica la Ley Estatutaria 137 de 1994, es quien regula los estados de excepción¹⁰¹.

Para la Corte Constitucional el sistema colombiano se puede clasificar como un sistema mixto entre el primero y el segundo, dado que el Ejecutivo puede tomar medidas para restablecer el orden, pero el régimen constitucional vigente no se puede suspender en ningún momento, tal como lo enuncia expresamente el artículo 214 de la Constitución Política de Colombia¹⁰², el cual será discutido en páginas posteriores, por ser el punto neurálgico de este trabajo, pues allí radica precisamente uno de los retos del

¹⁰⁰ SCHMITT, CARL, *Teoría Política...*, Op. Cit., p. 17

¹⁰¹ Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002..., Op. Cit.

derecho constitucional actual y fundamentalmente, la legitimidad del Estado constitucional.

De allí surge la necesidad de concebir un régimen que en procura de mantener la racionalidad del orden constituido, no desconozca sus fundamentos y de configurar un sistema eficaz de controles que impida que el ejercicio de esas especiales potestades no degeneren en abuso. Allí radica precisamente uno de los retos del derecho constitucional actual y fundamentalmente, de la legitimidad del Estado constitucional, pues en palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

Concebir un espacio del ordenamiento jurídico que si bien permita contrarrestar la alteración de la normalidad, no desquicie su funcionamiento como un sistema regulado, aún en situaciones excepcionales, por el derecho y por su capacidad racionalizadora. Esto es, se trata de superar las crisis que sacuden al Estado constitucional acudiendo a medidas excepcionales que se apartan de la normalidad institucional, pero que al mismo tiempo no abandonan los cimientos que lo fundamentan¹⁰³.

3.3 La dictadura

El derecho es un medio para un fin, para el existir de la sociedad; si el derecho no se muestra en situación de salvar a la sociedad, interviene la fuerza y hace lo que se ofrece, entonces es el “hecho salvador del poder del Estado” y el punto en que el derecho desemboca en la política y en la historia. La guerra contra el enemigo exterior y la represión de una sublevación en el interior no constituirían estados de excepción, sino el caso ideal normal en el que el derecho y el Estado despliegan su naturaleza finalista intrínseca con una fuerza inmediata¹⁰⁴.

La justificación de la dictadura se apoya en que, si bien ésta ignora el derecho, es tan solo para realizarlo, es importante por su contenido, pero no es una derivación formal y, por tanto, no es una justificación en sentido jurídico, porque el fin real o supuesto, por bueno que sea, no puede fundamentar ninguna ruptura del derecho, y la implantación de

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. 27

una situación que responda a los principios de justicia normativa no le presta ninguna autoridad jurídica.¹⁰⁵.

Pero el que toda dictadura contiene una excepción a una norma no quiere decir que sea una negación causal de una norma cualquiera. La dialéctica interna del concepto radica, en que mediante la dictadura se niega precisamente la norma cuya dominación debe ser asegurada en la realidad político-histórica. Entre la dominación de la norma a realizar y el método de su realización, puede existir pues una excepción¹⁰⁶

De esta manera, en tanto la Dictadura se constituye en el arma o medio del Derecho —lo jurídico— para evitar su desaparición y garantizar su continuidad, ésta no puede ser, según la perspectiva de Schmitt, un atentado, violación, quebrantamiento o simple negación del Derecho mismo, sino su garantía de existencia¹⁰⁷. Con esto, Schmitt integra la dictadura al Derecho, haciendo de ella un elemento imprescindible del mismo y proporcionándole, a su vez, un nuevo tipo de justificación, la formal, la cual radica en el apoderamiento de una autoridad suprema, que jurídicamente se encuentra con la facultad de suspender el derecho y autorizar la dictadura, es decir, está en situación de permitir una excepción concreta, cuyo contenido es monstruoso, en comparación el estado de excepción¹⁰⁸.

Así, pasa Schmitt a legitimar la figura de la dictadura, no ya desde un punto de vista material de la misma, que estriba en su misión y éxito de establecer o restablecer un orden constitucional quebrantado o en riesgo, sino desde la perspectiva formal, que reside en la autorización de la misma por parte de una autoridad superior: el Derecho mismo¹⁰⁹.

En el caso de suprema excepción —la dictadura—, en la que la norma es reducida a nada y la decisión se torna absoluta, lo que se constata es la ausencia de orden *legal*, pero no de todo orden; inclusive en este ámbito lo jurídico consigue franquear el acceso

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 26

¹⁰⁷ MARTÍNEZ MÁRQUEZ, Wilmar. “La dictadura como encarnación de lo político: anotaciones en torno a Carl Schmitt”. *Estudios Políticos*, N°. 34, Enero-junio 2009. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 47-62.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 27

¹⁰⁹ FIJALKOWSKI, Jurgen. *La trama ideológica del totalitarismo: análisis crítico de los componentes ideológicos de la filosofía política de Carl Schmitt*. España: Tecnos. 1966. p. 296

al conocimiento. En efecto, esto acontece porque tanto la norma como la decisión son, ambas, elementos constitutivos de lo jurídico. Aun sin orden legal resta el orden decisorio y, por lo tanto, orden jurídico. No solo la ley ordena, sino también la decisión. Lo jurídico es ordenamiento, sea normativo o decisonal. Si una voluntad ordena con su decisión, aunque sea sobre, e inclusive contra, la norma, estará creando un orden y, consecuentemente, lo jurídico¹¹⁰.

Para Schmitt la dictadura, no es simplemente una manifestación de fuerza, de poder, sin más, porque opina que el poder no significa nada para el derecho. La dictadura se encuentra pues sustentada en el Derecho mismo, al ser aquel elemento de lo jurídico que precede existencialmente la norma para generar las condiciones de su aplicabilidad, aunque en su accionar la restrinja y suspenda.

Por lo anterior, el jurista alemán en sentido amplio, concibe la dictadura como toda excepción de una situación considerada como justa, por ello, este término implica bien una excepción de la democracia, bien una excepción de los derechos de libertad protegidos por la Constitución, bien una excepción de la separación de los poderes o, incluso, una excepción del desarrollo orgánico de las cosas¹¹¹.

Así mismo, basándose en la teoría de Bodino referente a la conexión del problema de la soberanía con la dictadura, el autor distingue entre *dictadura comisarial* y *dictadura soberana*. Entendiendo que la *dictadura comisarial* suspende la Constitución *in concreto*, para salvaguardarla en su existencia. En consecuencia, la Constitución puede ser suspendida, sin dejar de tener validez, pues la suspensión únicamente equivale a una excepción concreta. A contrario sensu, la *dictadura soberana*, no suspende la Constitución existente, basándose en un derecho fundamentado en ella, sino que, tiende a establecer una situación que posibilite una Constitución verdadera. Por tanto, la *dictadura soberana* no acude a una Constitución vigente, sino a una Constitución futura que se va a implantar¹¹².

No obstante, y a pesar de la diferenciación que hace Schmitt entre dictadura comisarial y dictadura soberana, al final concluye que toda dictadura es comisarial, en

¹¹⁰ DOTTI Jorge y PINTO Julio, *SCHMITT, Carl: Su época y su pensamiento...*, Op. Cit., p.270.

¹¹¹ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. 26

¹¹² *Ibíd.*, pp. 57-58, 181-183, 185 y 193.

tanto que se le da una tarea exterior a cumplir, es decir, una comisión, pues una dictadura que no se hace dependiente de un resultado a alcanzar y por tal, al hacerse a sí misma superflua, es, en opinión del alemán, un despotismo cualquiera. Al respecto leemos.

La dictadura comisarial descansa en un órgano constituido —la Constitución —; suspende la Constitución in concreto para preservarla. La Constitución se suspende sin dejar de ser válida. La dictadura soberana, por el contrario, ve en el conjunto de la Constitución existente, la situación que pretende suprimir mediante su acción. No suspende una Constitución vigente en virtud de un derecho en ella establecido, sino que trata de crear una situación para potenciar una nueva constitución: La Verdadera¹¹³.

De otro lado, Pedro Cruz Villalón considera que el arquetipo alternativo básico al *estado excepcional* es la *dictadura constitucional*, entendiéndola como el instituto mediante el cual ante una emergencia genéricamente descrita, todos los poderes del Estado son susceptibles de quedar concentrados en una magistratura única. Ello implica que no existe una Constitución resistente a la situación de excepción, en otras palabras, no hay un campo de la Constitución, que no pueda ser temporalmente sacrificado a la exigencia de recuperar la crisis. Específicamente, este sometimiento al objetivo de vencer la crisis es lo que le distingue de la dictadura soberana¹¹⁴.

Por su importancia, traigo a colación las palabras textuales del citado autor español, quien define la *dictadura constitucional* en los siguientes términos:

Designamos así al instituto en virtud del cual ante una emergencia genéricamente descrita todos los poderes del Estado son susceptibles de quedar concentrados en una magistratura única. El punto de partida es el inverso al del *estado excepcional*: Se renuncia al intento de prever las posibles situaciones de crisis (más allá de la previsión, en palabras de Rousseau, de que no es posible preverlo todo) y, en consecuencia, se renuncia también al intento de delimitar los efectos que las necesidades derivadas de la superación de la emergencia puedan tener sobre el ordenamiento constitucional. No hay, pues, una Constitución “resistente a la situación de excepción”, es decir, no hay un ámbito de la Constitución que no pueda ser temporalmente sacrificado a la necesidad de superar la crisis. También se habla a veces, en relación con este instituto, de “cláusula general”, en el sentido de que las

¹¹³ FIJALKOWSKI, Jurgen. Op. Cit., pp. 299-330

¹¹⁴ Schmitt fue el primer autor que distinguió, en diversos pasajes de su obra, entre dictadura comisarial y soberana. SCHMITT, Carl, La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias, Op. Cit., p. 193.

medidas susceptibles de ser adoptadas no se hallan taxativamente enumeradas, siendo simplemente las “necesarias” para superar la situación de crisis¹¹⁵.

Precisamente esta subordinación a la finalidad de superar la crisis es lo que diferencia a este instituto de la dictadura soberana: La dictadura constitucional tiene en la Constitución vigente su objetivo último, de tal modo que todas las medidas que se adopten en base a aquélla serán de naturaleza transitoria y dirigidas a la restauración de la Constitución en su plena integridad.

El ejemplo más típico de este instituto, es el de la *dictadura presidencial* establecida en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1.958¹¹⁶. Pero a lo largo de la historia, ha habido numerosos casos de *dictadura constitucional*, un resumen de ellos es el siguiente:

a) El *dictador constitucional* de la antigua República romana, nombrado por el cónsul a petición del Senado y cuya misión más importante era la de acabar con la situación peligrosa que había ocasionado su nombramiento, comportándose como un defensor auténtico de la Constitución romana. Esta figura sirvió de modelo en varias ocasiones, como en el caso del dictador en la República veneciana durante la Edad Media.

b) Los *comisarios instituidos* por el Monarca con plenos poderes, para la conservación del orden público en el período absolutista francés y los *comisarios imperiales* que existieron en Alemania hasta el siglo XVIII.

c) La *Martial Law inglesa* surgida en el siglo XV y aplicada a partir del siglo XVII únicamente en Irlanda y en las colonias británicas. Esta figura supone tal grado de alteración en los órganos del Estado, que se transforman en ineficaces, por lo que solo podía actuar el poder militar. Esta institución militar también se aplicó en el Derecho constitucional francés cuando existía amenaza para la seguridad pública, y en el Derecho constitucional norteamericano.

¹¹⁵ CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Op. Cit., p. 33.

¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 33-34.

d) La *dictadura de los representantes* durante el período revolucionario francés podía acordar todas las medidas indispensables conforme a la situación de las cosas, sin tener que respetar los derechos del adversario político.

e) El *estado de sitio* aplicado por vez primera en Francia a finales del siglo XVIII aludía al asedio real de una plaza militar. Posteriormente, en virtud de las leyes reguladoras de 1.849 y 1.878 se convirtió en un estado de sitio ficticio y por razones políticas.

f) El *artículo 48 de la Constitución alemana de 1.919*, que preveía que el Presidente del Reich pudiese sin ninguna limitación adoptar las actuaciones que precisase la situación de las cosas para alcanzar un fin. Por ello, algunos autores opinan que el Jefe del Estado alemán domina el estado de excepción ilimitado.

g) El *artículo 16 de la Constitución francesa de 1.958*, que recibió influencias de la dictadura de la antigua República romana y del artículo 48 de la Constitución de Weimar.

4. LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO SCHMITTIANO EN PRO DEL PODER

En Alemania, según P. Lucas Verdú las “contraposiciones estuvieron siempre presentes en el atormentado período weimariano, originándose un peculiar ambiente científico-cultural, jalonado por una democracia en crisis. Para el referido autor español “*Weimar fue el microcosmos cultural del Derecho Constitucional Occidental Europeo*” que aún hoy nos sirve de modelo¹¹⁷.

Barreto Roza, afirma que: “la maleabilidad de las democracias contemporáneas tiene que ver con el hecho de que instituciones aparentemente democráticas pueden llegar a funcionar de forma no democrática o pueden llegar a coexistir con escenarios

¹¹⁷ LUCAS VERDU, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987. pp. 11, 40 y 28.

abiertamente arbitrarios e injustos sin que por ello pierdan su carácter formalmente democrático”¹¹⁸.

Es así como la excepcionalidad ha logrado acomodarse en sistemas democráticos que resultan ser lo suficientemente dúctiles y etéreos como para permitir la aparición reiterada de prácticas indeseables si se les piensa como rasgos permanentes del régimen (v.gr. la inexorable restricción de libertades públicas, la expansión del poder militar en detrimento del manejo civil del Estado, el decisionismo del Ejecutivo en desmedro de la participación y el control de las otras ramas del poder), sin que por ello dicho régimen ponga en serio riesgo su pedigrí ‘*democrático*’¹¹⁹.

Y es que a partir del inicio de la I Guerra Mundial, el mundo vive en constante revolución, en la que acontecen graves crisis seguidas por ciertos períodos de normalidad. De ahí que se pueda afirmar que en la actualidad en los distintos países del mundo, el *gobierno de crisis* se ha transformado en la *regla*, y no en la *excepción*, resultando ser una manifestación permanente del Estado democrático constitucional. En definitiva, se prevé que el período de crisis en el mundo será de duración, por lo que, la democracia constitucional tendrá que convivir con el gobierno de crisis.

Por lo anterior, Barreto Rozo pretende hacer evidentes cuatro formas en las que la excepción en el mundo contemporáneo, o bien se ha tornado efectivamente en la regla, o bien ha dejado el camino listo y abierto para convertirse eventualmente en ella.

La dinámica reiterada de lo excepcional tiene lugar, en primera medida, porque prácticamente en todos los sistemas modernos la figura jurídica de la excepción convive con aquella de la democracia (*la excepción como estado de excepción*); segundo, porque genera espacios de indeterminación o vacíos de derecho que son aprovechados para que la excepción misma, y los poderes que se benefician de ella, se sigan perpetuando (*la excepción como indeterminación*); tercero, porque diversos gobiernos han recurrido a su empleo continuo como estrategia para consolidar su poder y dominio (*la excepción como técnica de gobierno*); y cuarto, porque bajo la dinámica de lo excepcional se terminan neutralizando y marginando seres humanos concretos, generalmente considerados como riesgosos para los sistemas (*la excepción como exclusión y discriminación*)¹²⁰...

¹¹⁸ BARRETO ROZO, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. [en línea]. pp. 1-23. <Disponible en: <http://www.Palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006pdf/AntonioBarretoRozo.pdf>>. [Consulta: 20 Oct., 2013]

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.*

Para José María Baño la actualidad de Schmitt no deriva hoy en día de su doctrina justificativa de un orden autoritario, como de la legitimación de poderes extraordinarios en el seno de las democracias occidentales, en las cuales en un país conviven dos legislaciones: *la normal*, basada en un sistema de garantías, donde el individuo dispone de derechos frente al poder, y la *excepcional*, donde las garantías se *debilitan* como sucede con la legislación antiterrorista de muchos países, o *desaparecen completamente*, como es el caso de la legislación especial norteamericana dictada para combatir las consecuencias del 11 de septiembre¹²¹. Al respecto José María Baño expresa que:

...el *enemigo*, en el concepto schmittiano, ya no es solo el oponente de la guerra, sino también aquel que se designa como tal, y al que se despersonaliza hasta el punto de no ser en la práctica sujeto de garantías procesales o penales. Puede ser recluido como un objeto, mientras las necesidades de la seguridad lo reclamen...¹²².

Asimismo, en la actualidad, es difícil no ver la influencia schmittiana en la construcción alemana del derecho penal del enemigo, o en la convivencia de un ordenamiento jurídico dualista. En efecto, un examen sobre el modo como las tradiciones jurídicas de los Estados occidentales han enfrentado el problema de superar situaciones excepcionales o de emergencia, reflejaría una división entre aquellos ordenamientos que expresamente regulan el estado de excepción en la Constitución o mediante una Ley¹²³, o también, aquellos otros ordenamientos que prefieren no regular explícitamente el problema, a este grupo pertenecen gobiernos como Italia, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos.

De este modo, el derecho comparado conoce así tres grandes modelos. El primero se caracteriza, precisamente, por carecer de medidas de excepción (situación de Gran Bretaña). El segundo, ante la imposibilidad de predecir todas las situaciones de excepcionalidad posibles, prevé un régimen único a través de la figura de la dictadura constitucional, ejercida por el Presidente de la República (Arts. 48 de la Constitución de Weimar de 1919, y 16 de la francesa de 1958). Y, por último, el tercero es aquél que

¹²¹ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. LXXV

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Tal es el caso de Francia (donde nació el estado de excepción moderno, bajo el nombre de estado de sitio, en la época de la Revolución), Alemania y de todos los países latinoamericanos que a lo largo del siglo XIX optaron por transplantar dicha figura en sus regulaciones vernáculas.

distingue diferentes tipos según la gravedad de las circunstancias; (Art. 116 de la Constitución española de 1978).

Conforme a lo anterior, existen estados que no regulan expresamente la manera como se han de afrontar los estados excepcionales, es decir que *no contemplan un derecho constitucional de excepción* y en donde se presume que ante la llegada de una crisis, los poderes públicos, fundamentalmente el Ejecutivo, determinarán la manera como se ha de responder a la crisis a través de los mecanismos legales ordinarios. Tal es el caso de los Estados Unidos, Inglaterra, Italia y Suiza. Pero también existen países que consagran un *modelo constitucional de excepción* en donde en la misma norma constitucional se consagran específicamente los presupuestos y los límites para la declaratoria de un estado de anormalidad institucional y las condiciones que debe tener la producción de una legislación excepcional. En este modelo se puede citar el caso de Francia, en donde se origina la figura a través del estado de sitio, Alemania, España y en general los países latinoamericanos como Colombia.

Si bien Gran Bretaña es uno de los países donde no existe texto constitucional escrito, ha sido uno de los primeros en incorporar a su legislación ordinaria medidas que suponen algún tipo de restricción de determinados derechos individuales. Su origen radica en el peculiar contexto que vivió el Norte de Irlanda desde el final de los años setenta, extendiéndose finalmente al resto de Gran Bretaña¹²⁴.

De manera similar, países como Francia o Italia, pese a carecer de cualquier previsión constitucional sobre la restricción o suspensión individual de derechos, han desarrollado infra-constitucionalmente, algún extremo que afecta o supone la posibilidad de suspensión individual de determinados derechos y libertades¹²⁵.

¹²⁴ Entre esta legislación sobresale la Ley de emergencias provisionales del Norte de Irlanda de julio de 1973, que inicia un régimen de “interrogatorio” que se aparta claramente del tradicionalmente empleado siguiendo los usos del derecho común. Además, uno de los cambios más significativos consistió en eliminar la posibilidad de que los jurados juzgasen delitos relacionados con conductas terroristas. Asimismo, se incrementaron las facultades policiales para detener e interrogar a los sospechosos, con lo que ni el Magistrado ni el abogado defensor pueden controlar el proceso, que acentúa su dimensión burocrática en perjuicio de la ya clásica dimensión judicial.

¹²⁵ En particular, la Ley de 9 de septiembre de 1986 es la primera norma francesa aprobada con la finalidad de sancionar los delitos terroristas, agravándose la penalidad de los delitos ya existentes si se cometen en “un contexto terrorista”. Los procesos se centralizan en París, produciéndose además un reforzamiento de la institución del Ministerio Público en este tipo de delitos.

Básicamente, la legislación francesa ha imitado aspectos sustanciales presentes en otras normativas de la época, como la británica, al ampliar el plazo de la detención preventiva por parte de la autoridad judicial, de dos a cuatro días. Al mismo tiempo, ha mantenido algunos de los rasgos más característicos de la normativa italiana en materia antiterrorista, como la exasperación de las penas previstas para estos delitos o, por el contrario, las excusas absolutorias, que abarcan desde las rebajas punitivas hasta la total exención de la pena, en los casos en que el terrorista colabore activamente con la justicia¹²⁶.

En el ordenamiento español esta tendencia ha encontrado su sustento en la llamada “*suspensión individual de derechos o garantías*”. De esta forma el legislador español ha seguido algunos ejemplos de Derecho Comparado, en particular, los de la República Federal de Alemania, Italia y Gran Bretaña, ya que estos países ofrecen los modelos más elaborados de legislación antiterrorista. En especial, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estrictamente penal, donde las opciones de técnica penal para la represión del terrorismo son limitadas, el conjunto de medidas de índole procesal, de policía o de limitación de derechos es mucho más amplia, hasta el punto de que la trayectoria adoptada en este aspecto por los diferentes derechos presenta, junto a ciertas medidas comunes, notables disparidades.

En consecuencia, en la actualidad la reglamentación constitucional de los estados de excepción, busca limitar el uso de la legislación de urgencia y que el estado de excepción se convierta en la *regla*, pues si se utilizan las facultades excepcionales de manera habitual, como una forma evadir el cumplimiento efectivo de todo el orden constitucional, se genera el quebrantamiento de los pilares básicos del Estado constitucional y democrático de derecho como son el principio democrático, la separación de poderes y la protección, defensa y tutela de los derechos fundamentales. De este modo, si los derechos fundamentales nacen con el fin de limitar los poderes públicos, es claro que cualquier restricción o suspensión de aquéllos comporta ineludiblemente el reforzamiento de éstos aunque solo sea temporalmente.

En ese sentido, lo más urgente e inescrutable es recuperar el sentido del imperio de la

¹²⁶ *Ibíd.*

ley y la dignidad de la persona, la base de la idea del Estado Liberal de derecho que combatió Schmitt durante toda su vida. Al respecto José María Baño León señala que:

Lo cierto es que en toda la obra schmittiana no existe un ápice de preocupación por el Estado como garante de las libertades básicas del individuo. La persona queda anulada en la gigantesca máquina del Estado moderno. Solo cuentan las grandes abstracciones (Estado, Pueblo, Comunidad y Movimiento). Que algunos de los conceptos e instituciones de Schmitt hayan podido ser recibidos por el constitucionalismo europeo contemporáneo demuestra desde luego la indiscutible altura intelectual del autor. Por ejemplo su distinción entre Constitución y leyes constitucionales, o su concepción sobre la garantía institucional. Pero que la obra de Schmitt sea una fuente de estímulo intelectual no significa que deba descontextualizarse o que se ignoren las consecuencias políticas de algunas de sus tesis¹²⁷.

El profesor español Pedro Cruz Villalón, con gran experticia en el tema de la suspensión de garantías, ha señalado que el estado de sitio en el antiguo régimen evoca:

La imagen de las lettres de cachet y de las órdenes de destierro, de los registros domiciliarios y de la intromisión sistemática de la correspondencia, de las denuncias tanto por lo que se escribe como por lo que se dice, y de las causas de Estado. No obstante, no será una población analfabeta y miserable la que padezca los registros o violación de la correspondencia; ni la que se vea envuelta en causas de Estado. Ante todo, este aparato policial y arbitrario del antiguo régimen solo era una dimensión del problema, el relativo a la prevención frente a una oposición política protagonizada por la burguesía, aunque flanqueada por individualidades de los estamentos privilegiados. Pese a ello, esta forma de prevención es la forma que tras la revolución va a perjudicar a los más y sus intentos de reimplantación, constitucionales o anticonstitucionales, no se encaminarán a la salvaguarda frente a un sector en mayor o menor medida minoritario, sino que surgirán, como el mecanismo básico, “la última ratio”, de la salvación del Estado y de la sociedad¹²⁸.

5. CONCLUSIONES

Para dar respuesta a la pregunta ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, existen dos pensadores importantes que deben ser estudiados con profundidad, ellos son Kelsen y Schmitt. El autor alemán a diferencia de Kelsen critica que en la Constitución austríaca de 1.920 el Tribunal Constitucional sea el protector de la Constitución —siendo consecuente con la idea de legalidad, como condición esencial

¹²⁷ SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura...*, Op. Cit., p. LXV

¹²⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El estado de sitio...*, Op. Cit. p. 57.

del Estado—, y propone que el protector sea el *Presidente del Reich o Jefe de Estado*, que es elegido por el pueblo, por las siguientes razones:

a) Solamente un Estado “*judicialista*” que subordine la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede ser el fundamento para un guardián de la Constitución. No obstante, en esta época, para Carl Schmitt, el Estado alemán no podía ser calificado de “judicialista”. Mientras tanto, Kelsen destaca las bondades de un control jurisdiccional concentrado de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional que, por fuera y por encima del poder judicial, sin la dependencia de la extracción popular y de los partidos, tenga el poder de anulabilidad por inconstitucionalidad de las leyes.

b) Para Schmitt, la actividad judicial resulta ser especialmente “*el disfraz engañoso de otras atribuciones*”, pues de la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial, en sus propias palabras expresa que “[...] *la consecuencia no sería una judicialización de la Política sino una politización de la justicia*”, por lo que propone que el protector de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral, porque la justicia resulta recargada de modo insoportable cuando sobre ella se amontonan obligaciones y resoluciones políticas. Si se politizará la justicia, tendría una consecuencia diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia.

c) El Tribunal de Justicia Constitucional únicamente soluciona “transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución”. Por tanto, se convierte en lo opuesto a una instancia encargada de solucionar dudas e incertidumbres, lo que podría dar lugar a la posibilidad de que en abuso de sus competencias el juez se convierta en un legislador positivo.

A contrario sensu, para defender la Constitución Kelsen destaca las bondades de un control jurisdiccional concentrado de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional que, por fuera y por encima del poder judicial, sin la dependencia de la extracción popular y de los partidos, tenga el poder de anulabilidad por inconstitucionalidad de las leyes. Incluso Kelsen, desafiando la imperante teoría

Montesquiana de separación funcional de las ramas del poder público, Kelsen no solo admite, sino que justifica el Tribunal Constitucional que en su función de defensa de la Constitución, llegue incluso, a convertirse en *legislador negativo*, por cuanto al expulsar del ordenamiento jurídico una norma de orden legal o parte de ella, que es contraria a la norma fundamental, puede cambiar el sentido de la disposición que inicialmente preceptuó el legislador ordinario.

Al respecto es importante resaltar que con anterioridad al enfrentamiento con Schmitt, en su famoso artículo sobre “La Garantía Jurisdiccional”, Kelsen realiza de algún modo una crítica a su teoría, al señalar que el Tribunal Constitucional debe actuar únicamente como legislador negativo, pero de ninguna manera convertirse, a través de una interpretación discrecional, en una especie de legislador sustituto. Por ello propone que se evite la discrecionalidad de los jueces constitucionales, eliminando las fórmulas vagas e imprecisas que den pauta a la libre interpretación del Tribunal puesto que de lo contrario la Justicia Constitucional tendría un poder totalmente inadmisibles.

Pero, el concepto de la *excepción como regla*, o simplemente, de la *excepcionalidad*, no solo ha sido utilizado desde orillas teóricas contrapuestas como las de Schmitt y Benjamín, sino también, desde tendencias políticas que en principio defienden ideologías divergentes, es precisamente en este contexto donde el pensamiento de Schmitt encuentra ecos inesperados¹²⁹. En efecto, desde la Primera Guerra Mundial, hasta nuestros días, independientemente del grado de formalización constitucional o legislativa de la excepción–, lo cierto es que en unos y otros la excepcionalidad se abrió paso a lo largo del siglo XX como uno de los rasgos prominentes del ámbito político.

En consecuencia, en la actualidad la legislación de urgencia, deja de ser una solución y se convierte en un uso arbitrario del poder por parte de quienes lo detentan, porque la anormalidad, aun en las democracias occidentales, se han vuelto “*costumbre normal*”, con el riesgo de que las personas se acostumbren a vivir bajo la excepción como si

¹²⁹ Por ejemplo, en la Asamblea Constituyente de 1991 –donde se adoptó la Constitución que actualmente rige en Colombia– fueron varios los sentidos bajo los que los diversos actores políticos entendieron la idea de que la excepción se había convertido en la regla. Así, para algunos, ello significaba que el estado de sitio era un instrumento que debía abandonarse completamente, ya que el conflicto armado debía manejarse por otras vías. Para otros ello implicaba que el estado de sitio requería ciertos ajustes, justamente porque debía seguir empleándose como instrumento idóneo para hacerle frente al conflicto armado. Sobre el hecho de que en la Constituyente de 1991 no se ventilaban francamente los asuntos cruciales relacionados con los protagonistas del conflicto armado.

formara parte del “*paisaje cotidiano*”, como si se olvidará que el Parlamento y su proceso legislativo constituyen la fuente de legitimidad del sistema democrático. Por eso, hoy se busca limitar el uso de la legislación de urgencia y que el estado de excepción se convierta en la regla, pues si se utilizan las facultades excepcionales de manera habitual, como una forma evadir el cumplimiento efectivo del orden constitucional, se genera el quebrantamiento de los pilares básicos del Estado constitucional de derecho como son el principio democrático, la separación de poderes y la protección, defensa y tutela de los derechos fundamentales. De este modo, si los derechos fundamentales nacen con el fin de limitar los poderes públicos, es claro que cualquier restricción o suspensión de aquéllos comporta ineludiblemente el reforzamiento de éstos aunque solo sea temporalmente.

Agamben ha señalado que el estado de excepción constituye “una *tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida*”. El estado de excepción es esencialmente un espacio vacío, en el que una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida. Esto no hace que sea ineficaz, sino muy por el contrario ha permitido el funcionamiento político desde la Primera Guerra Mundial¹³⁰.

El mismo Schmitt expresaba: “A la más atroz de todas las guerras, se da el nombre de paz, a la opresión, libertad y las cosas más honrosas sobre el género humano se ejecutan en nombre de la humanidad”¹³¹. Legalidad y legitimidad se convierten, entonces, antes y ahora en instrumentos tácticos, cada uno de los cuales se maneja como ventajoso en un momento determinado, y se dan de lado cuando se dirigen en su contra, y que tratan de ser constantemente arrancados de las manos del adversario. Entonces, *legalidad, legitimidad y Constitución*, en vez de prevenir la guerra civil, solo contribuirían a su agravación.

¹³⁰ CARVAJAL R., Ignacio. "AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción* (homo sacer II, 1). *Rev. chil. derecho*. No.1 abril. 2006, vol.33, [citado 25 Junio 2007], pp. 69-91. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo>.

¹³¹ SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad...*, Op. Cit., p. 30

CAPÍTULO II. COLOMBIA: UN ESTADO DE EXCEPCIÓN PERMANENTE HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1991

1. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES COLOMBIANAS HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1991

1.1. El estado de sitio antes de 1886

Como se dijo antes, ante el derrumbe de las democracias europeas, la “*Teoría del estado de excepción*” expuesta por Schmitt, sirvió para inspirar por primera vez las transformaciones de los regímenes democráticos. En efecto, el estado de excepción como manifestación de la legislación de urgencia, tal y como se ha configurado en la Constitución colombiana, es el punto de llegada de una larga evolución histórica en la que el Poder Ejecutivo ha ido aumentando progresivamente sus facultades normativas autónomas respecto al Congreso. Así, amparándose en situaciones de necesidad que requerían medidas urgentes en períodos en los que las Cámaras no estaban reunidas, el Gobierno a veces por la vía de hecho, ha adoptado decisiones normativas que se mantienen en el tiempo, bien sea, por la falta de control parlamentario, bien sea porque finalmente eran aceptadas por el Poder Legislativo incorporándolas al ordenamiento jurídico.

Sin duda alguna “con base en la idea del derecho como gramática de guerra y en la visión de la independencia como creación del Estado, antes de la nación y sin la nación, de una manera autoritaria y legalista, nuestra revisión histórica muestra como las cartas del siglo XIX y las reformas del siglo XX constituyen un interminable conflicto civil, la guerra del país contra sí mismo”¹³².

Es evidente entonces, que la historia jurídico-constitucional colombiana es un largo trasegar por un permanente estado de excepción y en particular por el llamado con anterioridad estado de sitio. La evolución constitucional del estado de excepción se remonta hasta la Constitución de la Gran Colombia de 1821 o Constitución Trinacional (Venezuela, Nueva Granada, Quito), la cual en sus artículos 55 y 128, autoriza

¹³² VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 106.

expresamente la suspensión de la Constitución y traslada funciones legislativas y judiciales al Ejecutivo para sortear la emergencia y recuperar el equilibrio, que se había roto durante la época de la independencia. En efecto, la *Constitución de Cúcuta de 1821*, también conocida *Constitución de la Gran Colombia* en su artículo 55¹³³ facultaba al Congreso para concederle al Ejecutivo las facultades indispensables para derrotar los últimos bastiones del realismo de la guerra de independencia, limitándolas en el tiempo, conforme fuera necesario para afianzar la victoria del ejército republicano.

En el artículo 128¹³⁴ se disponía para entonces la atribución del Ejecutivo para dictar medidas excepcionales, con las limitantes de: I) previo acuerdo y consentimiento del Congreso; II) las medidas regirían solo en los lugares y tiempos “indispensablemente necesarios”. Además dispuso que en ausencia del Congreso, el Gobierno tendrá la misma facultad por sí solo, pero en la mayor brevedad, deberá convocar al legislativo para obtener de este el consentimiento y acuerdo exigido por esta disposición.

Años más tarde, tras el fracaso de la *Constitución de 1821*, el Congreso, en el año de 1827 convocó a la *Convención de Ocaña* con el fin de reformar la Carta Política. No obstante, fracasaron en su encargo, por lo que Bolívar y sus seguidores al derrocar y condenar al destierro durante varios años al General Francisco de Paula Santander, dieron vía libre al Libertador Simón Bolívar para expedir su *Decreto Orgánico de la Dictadura* el día 27 de agosto de 1828, derogando la *Constitución de Cúcuta*¹³⁵. En este decreto se estatuyó un Ejecutivo con atribuciones dictatoriales, con respecto a: la promoción de los empleos públicos, de las disposiciones que considere pertinentes para contener la dirección y conservación general de la república y derogar y reformar las leyes conforme lo considere conveniente.

Casi cuatro meses después de fallecido el libertador, se expidió la *Carta de 1830*, que si bien tuvo una corta y efímera vida, es pertinente resaltar las disposiciones que hacían

¹³³ Colombia. Constitución de 1821, Artículo 55. PIEDRAHITA RESTREPO, Op. Cit.

¹³⁴ Colombia. Constitución de 1821, Artículo 128: En los casos de conmoción interior á mano armada, que amenace la seguridad de la República; y en los de una invasión exterior y repentina, puede, con previo acuerdo y consentimiento del Congreso, dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables, y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones. Si el Congreso no estuviese reunido tendrá la misma facultad por sí solo; pero lo convocará sin la menor demora, para proceder conforme a sus acuerdos. Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y tiempos indispensablemente necesarios. Ibíd.

¹³⁵ VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 119.

referencia a lo relativo al orden público, toda vez que sustituyó el mencionado artículo 128 y en su artículo 85, dispuso que solamente que era el Jefe de Estado el encargado de conservar el orden público y la tranquilidad del Estado contra toda amenaza exterior.

Luego se expidió para el Estado de la Nueva Granada, la *Carta de 1832* en la cual se consagro por vez primera la expresión “*Conmoción Interior*”, pues en su artículo 108, le otorgaba al Presidente la potestad de recurrir al Congreso, o en su defecto al Consejo de Estado para que le concediera las prerrogativas que considere adecuadas, para conjurar la crisis ocasionada por la conmoción interior o el asedio extranjero.

De la *Constitución Neogranadina de 1832*, es pertinente señalar que la misma Carta Política enumera de forma taxativa las facultades con las que contaba el Ejecutivo para restablecer el orden público, su artículo 109 limita tales facultades al objeto y tiempo necesarios, así mismo, imponía la obligación del Ejecutivo de rendir cuenta al Congreso de las medidas decretadas; lo anterior, conforme con la asunción nuevamente al poder del General Francisco de Paula Santander en 1832 y su postura democrático-burguesa frente a la ley.

No obstante, las Constituciones Políticas de 1830, 1832 y 1843, no hicieron referencia expresa a los estados de excepción, limitándose a atribuir al Presidente de la República la función de conservar el orden interno y repelar cualquier ataque exterior. Solamente, en el intermedio de las anteriores constituciones, en la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832 encontramos una regulación más exhaustiva y detallada de la conmoción interior y el ataque exterior en sus artículos 108 y 109 respectivamente, limitando los poderes del Ejecutivo a los que le concediese el Congreso y en su receso el Consejo de Estado, pero, con amplias facultades para dictar órdenes hasta de tipo judicial y de rentas nacionales, limitando en el tiempo dichas facultades, pero de manera imprecisa¹³⁶.

Las Constituciones subsiguientes: 1843, 1853, y 1858, si bien no hacen expresa manifestación a la figura del estado de sitio, conservan en cabeza del Ejecutivo, la conservación de la seguridad y defensa del Estado y la potestad del mismo para declarar

¹³⁶ ALZATE RIOS, Luís Carlos. *Derechos humanos y estados de excepción*. [En línea]. <Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos13/ddhhy/ddhhy.shtml?monosearch#REGULAC>. [Consulta: 15 Feb., 2008].

la guerra, una vez haya sido decretada por el legislativo; como se evidencia, la devoción a la ley y la subsistencia de la tradición santanderista, siguen siendo una constante en estas cartas, imponiendo al Ejecutivo el deber de devoción y beneplácito a las autorizaciones y limitantes que le impusiera el Congreso.

El turbulento y conflictivo contexto político social que desde sus albores acompañó a la república, así como los vertiginosos enfrentamientos entre facciones políticas por la obtención del poder, no fue ajeno a la Carta Federalista de 1863 surgida de la *Convención de Rionegro*. Esta Carta fue más libertaria pues *no hizo alusión alguna a la figura del estado de excepción*, en ninguna de sus modalidades, a contrario sensu consagró en uno de sus más controvertidos artículos el reconocimiento al Derecho de Gentes en virtud del conflicto armado. En consecuencia, si en Colombia había una guerra civil o un conflicto armado interno, le eran aplicables las normas universales del Derecho de Gentes. Al respecto, el artículo 91 de la Carta Federal de 1863 consagraba:

Artículo 91: El derecho de Gentes hace parte de la legislación Nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas civilizadas.

Más conservador y autoritario, es el texto original de la Constitución Política de 1886, el cual en los artículos 118 numeral 8 y 121, otorgan al Presidente amplias facultades legislativas, sin limitar en el tiempo de manera precisa dichas facultades, la cual por su importancia en el país será desarrollada en el acápite siguiente.

1.2 El estado de sitio en la Constitución de 1886

Desde la Constitución autoritaria de 1886, hasta 1986, no quedó ningún Gobierno que no hubiera recurrido al estado de sitio (l'État de siège) para reprimir al servicio de los intereses del régimen de explotación e injusticia que desde hace cuatro siglos impera en Colombia. Y autores como Luis Carlos Sáchica justifican

la institución del estado de sitio, pues "su abusiva utilización no arguye en contra de ella y la salvaguardia del primero de los bienes jurídicos, la paz y la seguridad, prevalece sobre las consideraciones de tipo legalista"¹³⁷.

Pero para otros autores como Camargo afirman que:

La institución del estado de sitio, en la Constitución de 1886, fue una combinación monstruosa de todos los sistemas adoptados por el fascismo para defender su sistema. Y fue utilizado durante un siglo no como "medida de urgencia para regresar al imperio de la normalidad jurídica," sino todo lo contrario: para reprimir a sangre y fuego los derechos y libertades fundamentales...¹³⁸

La Constitución que marcó la ruptura de la facultad discrecional o de las pronunciadas limitaciones impuestas por el legislativo, fue la Constitución Centenaria de 1886; en esta el estado de sitio se previó en su artículo 121¹³⁹, y, si bien dicha figura era aplicable de forma excepcional, se convirtió en herramienta permanente del Ejecutivo. "lo *anormal se hizo normal*"; la línea que separaba lo convencional de lo excepcional se hundió en un sinnúmero de decretos legislativos, ante la ineficacia de las instituciones del Estado para hacer frente a la criminalidad.

Si bien, la referida disposición nunca tuvo un cambio sustancial, si fueron múltiples las reformas a la misma a lo largo de casi un siglo que la Carta de 1886 se mantuvo vigente. La primera de estas, acaeció con el Acto Legislativo de 1910 que en un primer intento por restringir los excesos del Ejecutivo, cambio la expresión del inciso segundo del transcrito artículo: "*las facultades que le confieren las leyes*" por la de "*facultades legales*", y es que en efecto, lo que se pretendía con esta expresión según Pedro Alejo Gómez Vila¹⁴⁰ no era otro que el de otorgar al Ejecutivo por parte del Congreso las

¹³⁷ SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*. 3a. ed. Bogotá: Temis. 1972. p. 291.

¹³⁸ CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia*. 3ª ed. Bogotá: Leyer. 2008. p. 75.

¹³⁹ Constitución Política de Colombia de 1886. Artículo 121: En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. (...) Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento (...). PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos. *Compilación: "Constituciones políticas nacionales de Colombia"*. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

¹⁴⁰ GÓMEZ VILA, Pedro Alejo. Facultades extraordinarias y estado de sitio. En: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (ed.). *Estado de sitio y emergencia económica...*, Op. Cit., pp. 147-176.

facultades precisas con el fin de morigerar la potestad extraordinaria que del artículo 121 se desprendía a favor del Presidente.

Posterior a la Reforma de 1910, el Ejecutivo continuó abusando del estado de sitio para tratar de imponerse y conjurar las situaciones de crisis. Y es que a pesar de esta Reforma, el Congreso, muchas veces alineado en sus mayorías políticamente con el Presidente de turno, no era más que un “*Títere*” a la hora de ejercer su control, haciendo gala de un silencio venial con el Ejecutivo.

En fin, la historia republicana siempre conoció de declaratorias de desorden por parte de gobiernos conservadores y liberales; incluso, desde el inicio de la hegemonía liberal iniciada en los treinta con Olaya Herrera, después con “la revolución en Marcha” del López Pumarejo, y por último, el débil gobierno de Eduardo Santos, se ejercieron con frecuencia las atribuciones de excepción.

Es más, con la llegada de los conservadores nuevamente a la casa de Nariño, Mariano Ospina Pérez en 1946 trató de conjurar la crisis generada por las hostilidades bipartidistas y la denominada “*Época De La Violencia*” organizando una coalición bajo el epíteto de “*Unidad Nacional*”, durante la cual se ejerció continuamente el poder de excepción. Sin embargo, la violencia no cesaba, por lo que años más tarde, el 9 de abril de 1948 se produjo el magnicidio del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán Ayala cuyo deceso desembocó en grandes disturbios y motines en la capital del país, hecho que se conoció como “*El Bogotazo*”.

Al año siguiente y debido a la ineficacia del Estado para controlar los hechos de orden público, la aparición de guerrillas rurales, la persistencia y el recrudecimiento de la violencia partidista, Mariano Ospina Pérez decide declarar el estado de sitio mediante *Decreto 3513 del 9 de noviembre de 1949* y consecuentemente, mediante *Decreto Legislativo 3520* de la misma fecha, decide clausurar el Congreso de la República, iniciando lo que se conoció de ahí en adelante como “*la dictadura constitucional*”¹⁴¹ para referirse al fortalecimiento del Ejecutivo a partir del uso de las prerrogativas exuberantes que le concedía el artículo 121 de la Norma Superior.

¹⁴¹ Ver capítulo I. p. 73.

Una década más tarde, sin que la violencia bipartidista terminara —al final del mandato presidencial del General Gustavo Rojas Pinilla y la posterior asunción del conocido “*Frente Nacional*”¹⁴²—, se expidió el *Acto Legislativo 01 de 1960*, este con el fin de evitar las transgresiones a las demás ramas del poder público; de esta manera dispuso: a) condicionar el ejercicio de las facultades extraordinarias del Presidente a la convocatoria del Congreso; b) las cámaras legislativas estarían reunidas durante el estado de sitio y; c) los decretos legislativos quedaban suspendidos hasta tanto no se sometieran a revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia¹⁴³.

Ocho años después, aún bajo una persistente alteración del orden público, esta vez ocasionada por los enfrentamientos entre las guerrillas rurales y las fuerzas militares, la administración del Carlos Alberto Lleras Restrepo, primo hermano de Alberto Lleras Camargo, propuso una actualización de la draconiana Carta del 86, concretándose mediante *Acto Legislativo 1 del 11 de diciembre de 1968*, el cual agrego al artículo 121, en su inciso primero la expresión “*las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra*”. En consecuencia, el famoso artículo 121, inciso segundo quedó de la siguiente manera:

Artículo 121:...el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, *las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público* y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones”.

También, el artículo 45 del referido *Acto Legislativo 01 de 1968*, estatuyó que el Gobierno no impediría el normal funcionamiento del Congreso: “éste se reuniría por derecho propio durante las sesiones ordinarias y extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque”. Esto con el fin de que el Ejecutivo le expusiera en un Informe motivado, las razones esgrimidas para declarar el estado de sitio¹⁴⁴.

Pero lo más importante del mencionado Acto Legislativo del 68, es que le impuso un régimen de responsabilidad al Presidente y su gabinete ministerial, cuando declararen

¹⁴² El Frente Nacional implicó la alternancia en el poder de dirigentes liberales y conservadores cesando la elección directa del primer mandatario. Este Frente inició con la presidencia de Alberto Lleras Camargo.

¹⁴³ CAMARGO, *Los estados de excepción en Colombia* (análisis del proyecto del gobierno). Bogotá: Ediciones J Radar, 1996. p. 77.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 58.

turbado el orden público sin haber acaecido el supuesto objetivo de “*guerra exterior*”, o “*conmoción interior*”. Al respecto valga resaltar, que se trataba de un “*juicio político*”, que solo se hizo para castigar al General Gustavo Rojas Pinilla¹⁴⁵, pero para ese entonces, la medida no fue eficaz porque el Presidente ya no estaba en el poder.

En resumen, para buscar el uso racional de los estados de excepción, el artículo 121 de la Constitución de 1886 sufrió algunas reformas, a través de los siguientes Actos Legislativos:

El artículo 33 del Acto Legislativo 3 de 1910 modificó este artículo en el sentido de que el Presidente no puede derogar las leyes, sino tan solo suspenderlas cuando son incompatibles con la guarda del orden público y mientras dure la perturbación; igualmente los decretos legislativos se hacen transitorios y no permanentes¹⁴⁶.

El Acto Legislativo 1 de 1960 introdujo el control político por parte del Congreso y un control jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia, previa solicitud del Congreso, avanzando así, teóricamente hacia una limitación del Ejecutivo frente a estas facultades.

Por último, el Acto legislativo 1 de 1968 estipuló la limitación de las facultades extraordinarias en el DIH, consagrando un control jurisdiccional automático de todas las normas dictadas por el Presidente, por parte de la Corte Suprema de Justicia y creó el *estado de emergencia económica o social*¹⁴⁷, pues hasta esta reforma, los estados de excepción se limitaban a consagrarse por motivos de orden público.

La declaratoria del estado de emergencia correspondía al Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, por períodos que sumados no podían exceder de 90 días por año. Mediante la declaración del estado de emergencia económica o social, el Presidente podía dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a

¹⁴⁵ Cuando no estaba ya en el poder, los verdugos liberales y conservadores se aliaron para declararlo “indigno” después de que el 13 de junio de 1953 lo compararon con Dios y con Bolívar. CAMARGO, *Los estados de excepción en Colombia...*, Op. Cit. p. 79.

¹⁴⁶ VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 152.

¹⁴⁷ El Art. 43 del Acto legislativo No. 1 de 1968 introdujo a la Constitución de 1886 el *estado de emergencia económica o social*: “cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública”.

conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos legislativos podían referirse a materias que tuvieran relación directa y específica con la situación que hubiera determinado el estado de emergencia; pero en ningún caso el Gobierno podía desmejorar los derechos de los trabajadores consagrados en anteriores leyes.

En la madrugada del 17 de septiembre de 1974, el gobierno del presidente Alfonso López Michelsen decretó la primera emergencia económica de 45 días, "para combatir los efectos de una inflación desastrosa y de una situación deficitaria y crítica en el aspecto fiscal"¹⁴⁸. A principios de 1983, el gobierno del Presidente BELISARIO BETANCUR adoptó la segunda emergencia económica, para conjurar la crisis socioeconómica y restablecer la confianza en el sector financiero⁴⁷, pero la mayor parte de los decretos legislativos fueron declarados inconstitucionales por haber usurpado al Congreso la facultad de imponer contribuciones⁴⁸. La tragedia de Armero motivó otra emergencia económica.

No obstante, cabe advertir, que el papel atribuido por las nuevas reformas constitucionales a las ramas legislativa y judicial, fue inocuo, ineficaz, o permisivo; lo cual se evidencia con la expedición de leyes, como la Ley 48 de 1968, que prolongaba de forma indefinida gran parte de las directrices de excepción emanadas del Ejecutivo desde 1949, entre ellos, el denominado: "*Estatuto Orgánico de la Defensa Nacional*"¹⁴⁹.

Así, el estado de sitio fue la medicina que se aplicó a Colombia para resolver sus problemas políticos, económicos y sociales. Bajo la "dictadura constitucional" se hollaron todos los derechos humanos y se puso en marcha la más violenta represión, que generó la guerra civil en que Colombia ha vivido en los últimos 60 años¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Se trataba, entonces, de cubrir los gastos de su campaña presidencial mediante un alza escandalosa de los artículos de primera necesidad en favor de la plutocracia. CAMARGO, *Los estados de excepción*, ..., Op. Cit., p. 84.

¹⁴⁹ GALLÓN GIRALDO, Gustavo. La experiencia colombiana en estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional. En: *Estados de emergencia en la región andina*, de Comisión Andina de Juristas. Diego García-Sayán. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987. pp. 83- 87.

¹⁵⁰ CAMARGO, *Los estados de excepción*..., Op. Cit., p. 68.

1.3 Colombia: un estado de sitio desde 1949 hasta la Constitución de 1991

Como se dijo, bajo el imperio de la Constitución Política de 1886, el Presidente asumió desde el principio la dictadura mediante la llamada Ley de los caballos", aparte de las facultades omnímodas que le confirió como en los mejores tiempos de la monarquía. Prácticamente desde la masacre de "Las bananeras", atribuida al ejército¹⁵¹, hasta 1991, en que fue promulgada la nueva Constitución Política de Colombia, el país fue mantenido sistemáticamente bajo la llamada "dictadura constitucional" de todos los regímenes: conservadores, liberales, y del "Frente Nacional"¹⁵². Todos absolutamente todos a partir del llamado Bogotazo del 9 de abril de 1948, cuando fue asesinado el caudillo de izquierda Jorge Eliécer Gaitán¹⁵³, acudieron al estado de sitio. Incluso el régimen militar del general Gustavo Rojas Pinilla, que surgió de la cuartelada del 13 de junio de 1953, hasta su derrocamiento por la Junta Militar, en 1958¹⁵⁴, acudió al estado de sitio.

En efecto, sobre la dictadura constitucional Camargo opina que:

Si se analiza objetivamente la aplicación de la Constitución de 1886 durante sus 104 años de imperio, se llega a la conclusión de que fue la "dictadura constitucional" la que se aplicó, sin que hubiera tenido vigencia, en términos generales, el título III, "de los derechos civiles y garantías sociales"¹⁵⁵. En otras palabras, el estado de sitio, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, fue el instrumento por excelencia para asumir la dictadura presidencial y violar los derechos y garantías sociales del título III. Todos los regímenes políticos,

¹⁵¹ Fue el gobierno del presidente MIGUEL ABADÍA MÉNDEZ quien, por medio del Decreto legislativo No. 2 del 31 de diciembre de 1928, dispuso que los trabajadores acusados de haber participado en la huelga de la zona bananera de Santa Marta en 1928 contra la *United Fruit Company*, fueran sentenciados mediante consejos verbales de guerra. CAMARGO, *Los estados de excepción...*, Op. Cit., p. 67

¹⁵² Los gobiernos bipartitas que gobernaron en el denominado "Frente Nacional" desde 1958 a 1974, fueron los de Alberto Lleras Camargo, Guillermo León Valencia, Carlos Lleras Restrepo y Misael Pastrana Borrero.

¹⁵³ El gobierno conservador de Mariano Ospina Pérez implantó de inmediato el estado de sitio para contener la insurrección popular que estuvo a punto de derribarlo y fue salvado por los dirigentes liberales Darío Echandía, Luis Cano, Carlos Lleras Restrepo, Alfonso Araujo y Plinio Mendoza Neira, quienes acudieron al Palacio Presidencial y terminaron obteniendo la mitad de ministros del gabinete del gobierno de "Unidad Nacional". CAMARGO, *Ibid.*

¹⁵⁴ La Junta Militar se constituyó el 10 de mayo de 1958 y estuvo integrada por los generales Rafael Navas Pardo, Deogracias Fonseca, Gabriel París y Luis E. Ordóñez, y el contraalmirante Rubén Piedrahita Arango. Se retiró el 7 de agosto de 1958 cuando entregó el gobierno a Alberto Lleras Camargo, primer presidente del "Frente Nacional", coalición de los partidos liberal y conservador, que se repartió por mitades el poder en su propio beneficio e inició la era de corrupción política que padece Colombia. CAMARGO, *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 76.

independientemente de su carácter político o constitucional¹⁵⁶, acudieron al estado de sitio en los últimos 60 años para ahogar a sangre y fuego las protestas del pueblo e impedir la revolución, como la que estalló el 9 de abril de 1948¹⁵⁷.

Además, las reformas introducidas al Art. 121 de la Constitución de 1886, tanto las de 1960, como las de 1968, no fueron encaminadas a limitar los poderes omnímodos del Gobierno bajo el estado de sitio, sino a hacerlo más draconiano, o sea, a robustecerlo y hacerlo más inicuo. Particularmente, a partir del *bogotazo* del 9 de abril de 1948, el único programa de todos los gobiernos, conservadores, liberales, militares y bipartidistas, fue el estado de sitio y la ley marcial. Y el de la Corte Suprema de Justicia, justificar, por lo general, la violación de la Constitución mediante decretos legislativos.

Es sabido por todos que en Colombia, *la situación de crisis o de anormalidad*, fue y sigue siendo patente. De hecho, la guerra de guerrillas y la aparición de nuevos actores dentro del conflicto armado, hizo que el Ejecutivo ejerciera sus facultades extraordinarias y tomara directrices con la inmensa discrecionalidad emanada del 121 de la Carta, pese a los límites del citado artículo. Los cuales de ninguna manera fueron respetados a lo largo de la historia constitucional. De este modo en Colombia lo excepcional se convirtió en regla, porque para tratar de conjurar la crisis, el Gobierno adoptaba medidas ostensiblemente restrictivas de los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos, que se hicieron más que evidentes, en cada declaratoria de estado de sitio; llegando incluso a reimplantar a partir de 1965 los *Juicios Marciales*, práctica que desde 1958 se encontraba suspendida.

Y es que a pesar del cada vez mayor número de decretos y herramientas jurídicas que el Ejecutivo expedía para la lucha contra la criminalidad y el terrorismo, la ofensiva de

¹⁵⁶ Aunque los regímenes de Rafael Reyes, Miguel Abadía Méndez y Alfonso López Pumarejo acudieron al estado de sitio para resolver situaciones políticas internas, la era de la "dictadura constitucional" empezó en 1946 con el régimen conservador del presidente Mariano Ospina Pérez incluyendo a los de Laureano Gómez y Roberto Urdaneta Arbeláez. La dictadura del General Gustavo Rojas Pinilla hizo lo propio. Después vendría el terror de los gobiernos bipartidistas del "Frente Nacional": Alberto Lleras Camargo, Guillermo León Valencia, Carlos Lleras Restrepo y Misael Pastrana Borrero. Con posterioridad a 1974 también acudieron al estado de sitio los regímenes liberales de Alfonso López Michelsen, Julio César Turbay Ayala, Virgilio Barco Vargas, César Gaviria Trujillo Y Ernesto Samper Pizano, incluyendo también al conservador de Belisario Betancur y al de la "seguridad democrática" de Alvaro Uribe Vélez. *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

los insurgentes se acrecentó. El gobierno de Belisario Betancur Cuartas (1982-1986) tampoco escapó del actuar bélico de estos grupos, un caso palpable ocurrió en el año de 1984, cuando se produjo la toma a la ciudad de Florencia por parte del M-19 en el mes de marzo; otro caso que ha sido rechazado por el pueblo colombiano fue el magnicidio del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, casi mes y medio después a manos del implacable “*Cartel de Medellín*”, sucesos que llevaron a que el expresidente Belisario Betancur decretara el *estado de sitio de forma indefinida mediante Decreto 1038 de 1984*.

No obstante, las medidas de excepción siguieron siendo ineficaces, y el Estado se quedó corto para contener la amenaza de seguridad que se cernía sobre la ciudadanía, debido de la creciente presencia de los carteles de la droga, grupos insurgentes y la aparición de grupos autodefensas en el territorio colombiano, así como la toma al Palacio de Justicia el 6 de Noviembre de 1985 por parte del M-19 y los nefastos efectos posteriores a raíz de esta ¹⁵⁸.

Así, durante el período comprendido entre abril de 1984 y julio de 1991, Colombia estuvo regida por el *Régimen de Excepción*; la mitad del gobierno de Betancur, el período de gobierno completo del presidente Virgilio Barco y el primer año del Gobierno de Gaviria¹⁵⁹. En consecuencia, este panorama de crisis y de anormalidad, aunado a la expedición de medidas de emergencia que resultaron ineficaces para controlar el orden público y los nuevos actores que aparecían en la realidad colombiana como el narcotráfico, guerrillas y paramilitarismo, dejaron vislumbrar claramente la insuficiencia y la poca capacidad operativa del Estado para poner coto al desmesurado proceder de los distintos actores armados.

En efecto, cada vez y con mayor frecuencia, se afirma que el estado de sitio ha sido desnaturalizado en Colombia a lo largo de la historia constitucional, porque su prolongada imposición contradice el carácter excepcional de la medida. En mi opinión eso es verdad. Pero tal como afirma Gustavo Gallón, ése no constituye el

¹⁵⁸ ITURRALDE, Manuel. Estado de derecho vs. estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia. En: *BONILLA, Daniel. (Eds.). Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2005. p 83-151.

¹⁵⁹ Valga recordar que mediante Decreto Legislativo 1038 de 1984 se declaró el estado de sitio para todo el territorio colombiano, y dicho estado continuó vigente hasta que se expidió la Constitución de 1991.

principal ni el único engaño del estado de sitio que, por lo demás, sería solamente predicable en este país y de unos pocos más, por eso, sobre el uso desmedido del artículo 121 de la Constitución de 1886 expresa que¹⁶⁰:

El estado de sitio, una falacia antidemocrática: Esta breve reseña, aunque circunscrita al caso colombiano, permite hacer unas consideraciones más generales acerca de la naturaleza del estado de sitio, al menos en lo que se refiere a su aplicación en situaciones de conflicto interno, tal como se ha dado en Colombia. De la experiencia allí vivida se aprecia claramente que el estado de sitio es una falacia, que su utilización está íntimamente relacionada con la militarización de la sociedad y, en fin, que se trata de una institución profundamente antidemocrática¹⁶¹.

En el mismo sentido, algunos autores colombianos, como Mauricio García Villegas afirman que desde el cierre del Congreso — en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950) — hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente¹⁶².

Para concluir, el uso del régimen excepcional por parte del Ejecutivo en vigencia de las constituciones comentadas fue excesivo y abusivo, debido a la ausencia de controles para impedir que los Presidentes no solo se aprovecharan de competencias legislativas que constitucionalmente no les pertenecían, sino que, además legislaban sobre todas las materias, so pretexto de preservar o restablecer el orden público perturbado¹⁶³.

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: EL FIN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

¹⁶⁰ Para una presentación histórica y panorámica de los regímenes de excepción en Colombia, véanse Gallón (1979), Vázquez Carrizosa (1979), García Villegas (2001) y, Barreto Roza (2002).

¹⁶¹ GALLÓN GIRALDO, Op. Cit., pp. 80-91.

¹⁶² Para García Villegas: “en Colombia, la Constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es el recurso permanente que los gobiernos han hecho a los mecanismos de excepción. Así, en la época de la llamada Regeneración (1886-1910), el país fue gobernado durante 24 años con base en una norma 'transitoria' — la disposición K — y en una ley muy represiva — la Ley 61 de 1888 o Ley de los Caballos —, que autorizaban al Ejecutivo a reprimir administrativamente “los abusos de prensa”, “los delitos contra el orden público”, las conspiraciones, etc. Luego, durante el gobierno de Miguel Abadía Méndez (1926-1930), se expidió la Ley Heroica, que dio tratamiento policial a las protestas sociales que surgían por el inicio de la industrialización”. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Constitucionalismo perverso...”, Op. Cit.

¹⁶³ “...cada una de las Constituciones del siglo XIX fue la consecuencia de una guerra y la causa de otra. Cada una de las reformas del siglo XX ha sido consecuencia de un conflicto y causa de otro”. VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 149.

2.1 Camino a la Constituyente de 1991

Como colofón de la Carta de 1886 a finales de los ochenta, se evidenciaba la impotencia del aparato Estatal para hacer frente al derramamiento de sangre pese a las múltiples facultadas abrogadas por el Ejecutivo mediante los decretos de estado de sitio. A la hora de imponer el aparato de guerra y el poder punitivo a discreción de la lucha antiterrorista, el Estado se quedó corto, y no logró frenar el actuar de la criminalidad, incluso se dio la muerte de tres candidatos presidenciales: Luis Carlos Galán Sarmiento del Partido Liberal, Bernardo Jaramillo de la Unión Patriótica, y Carlos Pizarro del M-19 recién desmovilizado. Es en ese entonces, cuando la Nación se avocó a un nuevo proyecto de orden constitucional como salida a lo que se percibía según Iturralde como *“el estado terminal del régimen democrático”*¹⁶⁴.

El camino hacia la nueva Constitución era un asunto de reivindicación social, toda vez que la decimonónica Carta había perdido su legitimidad, mientras la sociedad colombiana se trababa en un conflicto absurdo. Por tal motivo y ante la ineficacia de las principales instituciones del Estado, el consenso social exigía una rápida y clara respuesta por parte del Estado.

Fue así como a mediados de los años 80, el nuevo proyecto constitucional se comenzó a consolidar en un movimiento de opinión pública donde convergían la prensa, movimientos cívicos y sindicales, y algunos candidatos presidenciales como Luis Carlos Galán, para exigir una reivindicación del constituyente primario¹⁶⁵. Y es que fue la muerte del candidato presidencial en manos del Cartel de Medellín en 1989, quien desató un movimiento estudiantil en las principales universidades privadas de la capital colombiana, denominado *“La Séptima Papeleta”*. Este movimiento estudiantil logró articularse con el resto de grupos sociales, para pedir al Estado una nueva Constitución.

Por eso, ante la gran acogida de la idea de una nueva Constitución, el Ejecutivo en ese entonces en cabeza del presidente Virgilio Barco, acudió a la figura del estado de sitio y el 3 de Mayo de 1990, mediante Decreto Legislativo 927/1990 invocando el

¹⁶⁴ ITURRALDE, Op. Cit., p. 110

¹⁶⁵ VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 179.

Decreto Legislativo 1038 de 1984 (el cual como se dijo antes, aún se encontraba vigente) y acogiendo el clamor nacional determinó que era acuciante un fortalecimiento institucional creando una nueva Constitución que pudiese responder a las necesidades del pueblo colombiano y a la gran crisis del Estado, por lo que instó a la ciudadanía para que en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990, se pronunciase de manera afirmativa o negativa acerca de la convocatoria de una nueva Asamblea Nacional Constitucional.

La estrategia era clara, formular una pregunta al electorado durante las elecciones de los órganos colegiados y alcaldes populares del 11 de marzo de 1990, que si bien no fue objeto de escrutinio dado su carácter plebiscitario, si se evidenció el ánimo de la mayoría de la ciudadanía activa en dicho sondeo y su deseo de una nueva Constitución.

Es pertinente agregar, que en el referido Decreto 927/1990, el Ejecutivo no tomó una decisión de índole policiva, restrictiva de derechos fundamentales, exigencia de una actuación punitiva, u orden castrense alguna. En cambio, realizó un llamado a la ciudadanía para mostrar su aprobación a una eventual Convocatoria de una Asamblea Nacional Constitucional.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia número 59 del 24 de mayo de 1990, realizó el control constitucional del mencionado Decreto Legislativo 927/1990, y lo declaró *exequible*, afirmando que el Decreto cumplía con el juicio de conexidad propio de los Decretos Legislativos, la Corte dijo:

El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos, ni del Gobierno (...). Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea. Es entonces evidente que hay una clara relación de conexidad entre el Decreto que se revisa y los motivos que determinaron la declaratoria del estado de sitio...¹⁶⁶

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia número 59 del 24 de mayo de 1990. Sin ponente expreso.

No obstante, frente a la naturaleza del procedimiento utilizado por parte del Ejecutivo para realizar la convocatoria de una Asamblea Nacional Constitucional, toda vez la convocatoria se realizó mediante Decreto Legislativo, y con el fin de responder a las voces que se oponían al Decreto 927, por considerar que ese no era el procedimiento previsto para reformar la Carta de 1886, la Corte expuso en la referida sentencia que no se trataba de una reforma a la Carta, pues solo se trataba de contabilizar unos votos frente a la “posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional para reformar la Carta Política”¹⁶⁷.

En efecto, y contando con el visto bueno de los sectores sociales y de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de mayo de 1990, se llevaron a cabo los comicios electorales para elegir al nuevo Jefe de Estado, resultando elegido el liberal César Gaviria Trujillo. Así mismo, el resultado de la consulta popular fue contundente, porque más de 4 millones de sufragantes, es decir, el noventa (90%) de los votantes apoyó la iniciativa de una nueva Asamblea Constitucional.

Una vez posesionado en su cargo el presidente César Gaviria, y con el fin de continuar con el proyecto de reforma popular, el 24 de agosto de 1990 expidió el *Decreto Legislativo 1926 de 1990*. Encabezó la disposición normativa expresando que desde 1984 se declaró el estado de sitio de manera indefinida en toda la geografía nacional, mediante Decreto 1038 de 1984 y por considerar que los factores de crisis siguen perturbando la “*paz y el orden público*”, convoca a los ciudadanos colombianos para que el día 9 de diciembre de 1990, depositen su voto aprobando o no una Asamblea Nacional Constitucional, y la lista de candidatos a conformar la misma.

Entre otras disposiciones, el Decreto 1926 estatuyó que en virtud del Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional del 2 de agosto de 1990 —suscrito entre el Presidente electo, los representantes del Movimiento de Salvación Nacional, el Partido Social Conservador, y el Movimiento Alianza Democrática M-19—, la Asamblea Nacional Constituyente debía deliberar respecto a las temáticas allí plasmadas referentes a: la nueva estructura orgánica del Estado; los derechos humanos y garantías fundamentales; el régimen departamental, distrital y municipal; los partidos políticos y

¹⁶⁷ Ibíd.

estatuto de la oposición, el régimen económico y de hacienda pública; control fiscal; y estado de sitio¹⁶⁸.

Valga resaltar que la Corte Suprema de Justicia, integrada por 25 Magistrados, mediante sentencia número 138 del 9 de octubre de 1990¹⁶⁹, declaró la exequibilidad del mismo, con el voto favorable de trece Magistrados en contra del voto disidente de doce de ellos, lo cual ha sido un motivo para analizar el origen y la legitimidad de la Constitución de 1991, al ser convocada mediante un decreto legislativo en uso de las facultades presidenciales que otorga el estado de sitio, lo cual será analizado en párrafos posteriores.

Como se dijo antes, uno de los temas más importantes que se abordaron para realizar la Asamblea Nacional Constituyente, giro en torno al procedimiento establecido por la Constitución de 1886, y el Acto Legislativo de 1957 para reformar la Constitución, el cual estaba consagrado en el artículo 218 de Carta de 1886¹⁷⁰, y establecía la imposibilidad de reformar por un medio distinto al acto legislativo.

Pese a que el citado artículo 218 es claro, y contundente, al radicar en cabeza del legislativo única y exclusivamente la iniciativa de reforma constitucional, la Corte Suprema pone en duda su carácter “*pétreo*” argumentando que el *principio de legitimidad* de una Carta se circunscribe además por el *principio de efectividad*; señala que como lo manifiesta Kelsen, al consagrar el ordenamiento jurídico una serie de

¹⁶⁸ Sobre este último punto, el acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional expresaba: “(...) 8. *Estado de sitio*, 8.1 Posibilidad de realizar las siguientes modificaciones al artículo 121 de la Carta: precisión de su carácter transitorio y posibilidad de prorrogarlo; establecimiento de un tratamiento gradual para aplicar frente a las diversas situaciones de alteración del orden público; precisión de los derechos y las garantías que serán inmodificables bajo el Estado de sitio; determinación con exactitud de aquellos derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos; reunión del Congreso o de la Comisión Legislativa por derecho propio; obligatoriedad de rendir un Informe sobre las causas y el alcance de las medidas y obligación del Congreso o de la Comisión Legislativa de pronunciarse sobre dicho Informe; preservación del control automático de constitucionalidad; fortalecimiento de la acción de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; asimilación del derecho de gentes al derecho internacional humanitario”.

¹⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990. Magistrados Ponentes: Dr. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

¹⁷⁰ CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA DE 1886, artículo 218: “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, *solo podrá ser reformada por un Acto Legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias*; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el Presidente del Congreso...”. PIEDRAHITA RESTREPO, Op. Cit.

hechos, el orden jurídico-positivo, pierde su validez, en tanto “*La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad*”¹⁷¹.

Agrega la Corte, que el derecho debe garantizar la vigencia de unos valores, no simplemente ceñirse a silogismos como en el caso del artículo 218. Considera que la “*paz*” es uno de los valores expresados en el Preámbulo de la Carta Política, por ende, el Decreto Legislativo 1926/1990 se ajusta a derecho, porque si bien contraviene el referido artículo 218 Superior, “no es dable cerrar la puerta para alcanzar virtualmente la paz, que potencialmente se abriría camino mediante el Decreto legislativo” y sin duda alguna, la Constitución de 1991, fue promulgada en aras a la consecución de tal fin.

Luego los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, analizan el concepto de constituyente primario, y la potestad del mismo para regir el propio destino de la Constitución de 1886, por lo que retomando algunas ideas de la obra “*Derecho Público Interno de Colombia*” de don José María Samper, la Corte Suprema rompe con el esquema impuesto por la Constitución del 86 en su artículo segundo, atribuyendo al pueblo el carácter de constituyente primario, y no a la nación en cabeza del legislativo, sino extendiéndolo al pueblo en general, la Corte dice que:

Cuando la nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden (...) Así pues, la nación o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados...¹⁷²

Una vez, delineado el concepto de soberanía nacional y del pueblo como constituyente primario, encuentra la Corte, que las temáticas impuestas por el Acuerdo del 2 de mayo y plasmadas en el Decreto 1926/1990, constituyen una limitante para la Asamblea Nacional Constitucional, la cual solamente podría reformar la Constitución, en algunos temas puntuales, y en consecuencia se estaría vulnerando el carácter absoluto del concepto de Constituyente primario, el cual no puede tener límites a la hora

¹⁷¹ Ibíd.

¹⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala plena. Sentencia No 54 de 1987. Magistrados Ponentes: Dr. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

de pronunciarse sobre la normatividad que regirá sus destinos, por lo que, en este punto, el mencionado decreto fue declarado inconstitucional.

Si bien es cierto, en la tarjeta electoral de los comicios presidenciales del 27 de mayo de 1990, se les preguntó a los ciudadanos si estaban o no de acuerdo con votar para una *Asamblea Constitucional*, después de la sentencia número 138 del 9 de octubre de 1990¹⁷³, la Corte Suprema dio la posibilidad de crear una *Asamblea Constituyente*. En consecuencia, la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no tendría los límites de reforma sobre las temáticas establecidas en el Acuerdo del 2 de mayo, y plasmadas en el Decreto 1926/1990, incluso podría crear una nueva Constitución, lo que efectivamente ocurrió¹⁷⁴.

En efecto, al despojarse a la convocatoria de una Asamblea Constitucional de los límites impuestos por el Decreto 1926/1990, entonces se convocó realmente a una Asamblea Nacional Constituyente y no a una Asamblea Nacional Constitucional¹⁷⁵. Y es que a pesar de que al pueblo colombiano se le preguntó en la consulta popular de la séptima papeleta, si estaba o no de acuerdo en convocar una Asamblea Nacional Constitucional, dada la gran acogida que tuvo la propuesta en todos los sectores del país, una vez fue realizado el control constitucional del referido decreto, los delegatarios elegidos conformarían una Asamblea Nacional Constituyente, es decir, que estarían facultados para crear una nueva Constitución.

Por su parte, 12 de los 25 magistrados de la Corte Suprema decidieron apartarse de la decisión mayoritaria de la Corporación, salvando su voto. El disenso de los

¹⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990. Magistrados Ponentes: Dr. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

¹⁷⁴ La Tarjeta Electoral, contenía el siguiente texto: Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una asamblea constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?...“SI” “NO”.

¹⁷⁵ Se pueden establecer claras diferencias entre Asamblea Nacional Constitucional y Asamblea Nacional Constituyente según el órgano que la convoca: I) la Asamblea Constitucional sería la aprobada por el Congreso, o autorizada por el Ejecutivo de acuerdo con la Constitución, como efectivamente se dio; II) la Asamblea Constituyente en cambio, sería la originada por el pueblo como constituyente primario y soberano. En ese sentido, la Asamblea Constitucional, tiene limitación en su competencia; mientras que la Asamblea Constituyente no puede tener ninguna limitación a la competencia, y si la tiene, se convertiría en una Asamblea Constitucional. La verdadera Asamblea Constituyente es omnímoda, porque concreta en sí la soberanía clásica con todos sus atributos (indivisible, irrefragable, inenajenable, absoluta), es un poder absoluto, que reúne todos los poderes en una sola entidad.

Magistrados se da porque para ellos la Corte asumió un papel voluntarista, pues la misma no puede convertirse en “una tercera cámara”, ampliando exorbitantemente las facultades conferidas al Ejecutivo mediante la figura del estado de sitio. De este modo afirman que la Corte asumió una postura más política que jurídica, ateniéndose a juicios de conveniencia, ajenos a la aplicación de la Carta de 1886. Además opinan que el referido Decreto carece de conexidad respecto a la efectiva conjuración de la alteración del orden y seguridad.

En mi opinión, es importante resaltar, que en ese momento de crisis, se contrastó la realidad colombiana con la norma jurídica, en términos de Schmitt podríamos expresar que la decisión política fue más importante que la regla, pues en ese entonces, todos sabían que según el artículo 218 de la Constitución de 1886, la única posibilidad de reformar la misma era mediante acto legislativo, sin que hubiesen otros mecanismos de reforma en el régimen constitucional, pero a pesar de ello, aun contrariando la norma, primo la decisión política, para poder llevar a cabo una nueva Constitución que atendiera a la realidad colombiana, y pudiera restablecer la paz y el orden público.

Finalmente, me preguntó: ¿Qué papel tiene el estado de sitio para mantener la democracia? ¿Los decretos legislativos están llamados a convocar Asambleas Constitucionales o Constituyentes? ¿Se puede criticar la legitimidad de la Constitución de 1991 al tener como origen un decreto legislativo? ¿El decreto legislativo 1926/1990, busca la efectiva conjuración de la alteración del orden y seguridad pública en Colombia?

2.2 Las propuestas de reforma del estado de sitio en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991

Con el visto bueno de la Corte y la aprobación y elección popular de los miembros de la Asamblea Constituyente el 9 de diciembre de 1990, a inicios de febrero del año 1991 se

instaló la Asamblea Nacional Constituyente, convergían indistintamente en esta cita liberales, conservadores, ex guerrilleros del M-19 y otros grupos que recién habían depuesto las armas, así como minorías étnicas y religiosas¹⁷⁶.

Muchos pensaron que la dictadura del estado de sitio, con toda su secuela de arbitrariedad, represión y violencia, había concluido con la autoritaria Constitución de 1886, venturosamente sepultada en 1991. La misma Asamblea Nacional Constituyente pensó que con el Cap. 6, "De los estados de excepción", había cerrado un capítulo nefasto de la historia nacional. Sin embargo, poco cambió, pues los poderes omnímodos del Presidente de la República quedaron intactos¹⁷⁷.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente se vio enredada en una trampa con los artículos transitorios, particularmente el artículo 8o, en donde la famosa *Comisión Especial Legislativa, o Congresito*¹⁷⁸, convirtió en "legislación permanente", mediante los Decretos Nos. 2253, 2254, 2265, 2266, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, de 1991, algunos decretos de estado de sitio, enemigos de las garantías de los ciudadanos, como por ejemplo, el llamado "*Estatuto de defensa de la democracia*"¹⁷⁹.

¹⁷⁶ VALENCIA VILLA, Op. Cit., p. 183.

¹⁷⁷ CAMARGO. Op. Cit., p. 85.

¹⁷⁸ El Art. 6o. transitorio de la Constitución creó el Congresito de 36 miembros elegidos por cuociente electoral por la Asamblea Nacional Constituyente, que se reunió del 15 de julio al 4 de octubre de 1991 y del 18 de noviembre de 1991 al 20 de julio de 1992. Sus atribuciones fueron: a) Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que preparó el gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la república y, b) preparar proyectos de ley para desarrollar la Constitución.

¹⁷⁹ Decreto 180 de 1988, "por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público". Mediante el Decreto 2253 de 1991, fueron convertidas en "legislación permanente" normas de los Decretos Legislativos 423 de 1987, 814 de 1989 y 1686 de 1990. Mediante el Decreto 2254 de 1991 fue convertido en permanente el Decreto Legislativo 813 de 1989. Mediante el Decreto 2265 de 1991 fueron convertidas en "legislación permanente" normas de los Decretos Legislativos 2047 de 1990, 2372 de 1990, 3030 de 1990, 303 de 1990 y 1303 de 1991. Mediante el Decreto 2266 de 1991 fueron convertidas en "legislación permanente" normas de los Decretos 3664 de 1986, 1198 de 1987, 1631 de 1987, 180 de 1988, 2490 de 1988, 1194 de 1989, 1856 de 1989, 1857 de 1989, 1858 de 1989, 1895 de 1989, 2790 de 1990 y 099 de 1991. Mediante el Decreto 2268 de 1991 se prorrogó la vigencia del Decreto Legislativo 566 de 1990. Mediante el Decreto 2269 de 1991 se convirtieron en "legislación permanente" normas del Decreto Legislativo 815 de 1989. Mediante el Decreto 2270 de 1991 se convirtieron en "legislación permanente" normas de los Decretos Legislativos 3667 de 1986, 262 de 1988 y 1896 de 1989. Mediante el Decreto 2271 de 1991 se convirtió en "legislación permanentes" normas de los Decretos Legislativos 1199 de 1987, 474 de 1988, 2790 de 1990, 099 de 1991, 390 de 1991 y 1676 de 1991. Mediante el Decreto 2272 de 1991 se convirtieron en "legislación permanente" normas de los decretos legislativos 2390 de 1989, 042 de 1990, 494 de 1990, 1146 de 1990, 1813 de 1990, 2157 de 1990, 2894 de 1990 y 2790 de 1990. Y mediante el Decreto 2273 de 1991 fueron convertidas en "legislación permanente" normas del Decreto Legislativo 1855 de 1989. CAMARGO. Op. Cit., p. 85.

Artículo Transitorio 8: "Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente acto constituyente continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la comisión especial no los imprueba".

Pero, además, mediante el Art. 5o. transitorio de la Constitución Política, el Gobierno nacional, por medio del Decreto 2700 de 1991 (noviembre 30), expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, propio de un Estado fascista, en el cual se introdujo el Derecho Penal totalitario¹⁸⁰. Dicho Código extendió hasta el 1 de julio del año 2002 la justicia secreta, regional, de excepción, de orden público o "sin rostro", que resucitó la inquisición medieval en Colombia¹⁸¹.

Bajo la misma perspectiva el Gobierno nacional, mediante el Decreto 2699 de 1991, expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, esa institución en virtud de la cual se creó un sistema acusatorio híbrido, con poderes desbordados que se convirtió en el patíbulo de los derechos y garantías procesales penales de los acusados¹⁸².

Precisamente fue en este momento de consenso del ambicioso proyecto político y constitucional, donde el Presidente César Gaviria envió su proyecto de acto reformativo de la Constitución y en su capítulo quinto lo contentivo a los estados de excepción, que eran cuatro: I) estado de alarma; II) estado de conmoción interior; III) emergencia económica y social; IV) estado de Guerra.

En su exposición de motivos, el Gobierno dijo en relación con el estado de sitio que "su irregular carácter permanente, su imagen negativa ante la opinión nacional e internacional y, en ocasiones, su ineficacia misma para la conservación del orden público, hacen del actual artículo 121 una de las disposiciones que requiere con mayor urgencia una cuidadosa transformación"¹⁸³.

¹⁸⁰ El Código fue redactado por una comisión presidida por el Ministro de Justicia, Fernando Carrillo Flórez y no fue "improbado en el Congresito merced a la ausencia deliberada del dirigente indígena Francisco Rojas Birry y del penalista Antonio José Cancino Moreno.

¹⁸¹ Ver Pedro Pablo Camargo. *Justicia de excepción, inquisición en Colombia*. 3a. ed. Bogotá: Editorial Leyer. 1996.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Documento de la Presidencia de la República.

Desde un comienzo el Presidente César Gaviria Trujillo se trazó un propósito que logró: la conversión del estado de sitio en institución permanente bajo el manto de legalidad. Para Camargo:

...así logró convertir en "legislación permanente", toda la basura de los drásticos decretos de estado de sitio dictados al amparo del Art. 121 de la Constitución de 1886 durante la década de 1980, para lo cual puso como sastre para que le confeccionara el traje al ministro de gobierno, Humberto de la Calle Lombana, exvicepresidente y aspirante entonces a ocupar la primera magistratura...¹⁸⁴.

Por ello el Presidente Gaviria resumió su idea así:

Una de las características propias de la vida colombiana durante la casi totalidad de lo que va corrido de este siglo es la coexistencia entre orden y violencia. Ante una situación como esta resulta perentorio consagrar un conjunto de instrumentos de excepción que permitan afrontar el dilema de conservar el orden sin sacrificar los derechos y la libertad". Logró imponer los instrumentos de excepción, pero a cambio de los derechos y libertades fundamentales. Su tesis es atrevida acerca del contubernio orden-violencia, que él ve como una cosa normal y no como un fenómeno irregular producto de un sistema político, económico y social intrínsecamente injusto. El mismo atizó la hoguera con el retorno al capitalismo salvaje del neoliberalismo del Fondo Monetario Internacional (FMI)¹⁸⁵.

El Gobierno fue quien propuso cambiar el término "*estado de sitio*" por el de "*commoción interior*". Frente a esta iniciativa el proyecto consideraba que en defecto de la eficacia de las medidas policivas tomadas en virtud del estado de alarma, podría entonces el Presidente de la República "*declarar turbado el orden público*" en todo o parte del territorio nacional por un término máximo de 45 días prorrogables por períodos iguales; las medidas suspensivas de las leyes que dispusiera el Ejecutivo no podrían sobrepasar el término de 180 días, prorrogables por una sola vez y por un lapso igual por el Senado de la República. Este proyecto, además disponía, la convocatoria del legislativo en tal eventualidad y el pronunciamiento dentro de los 30 días siguientes, contemplaba también, la potestad del mismo para derogar o adicionar materias al articulado expedido por el Ejecutivo en uso de sus atribuciones extraordinarias¹⁸⁶.

¹⁸⁴ CAMARGO, *Los estados de excepción...*, Op. Cit, p. 88.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 70.

El proyecto oficial abogaba por una curiosa "gradualidad de los estados de excepción", elaborada como termómetro, a fin de medir los niveles de perturbación: "un primer nivel, de perturbaciones leves, denominado estado de alarma; un nivel intermedio conformado por los estados de conmoción interior y de emergencia económica y social, y un nivel extremo, de máxima alteración del orden, constituido por el estado de guerra".

Valga resaltar, que además del derecho de excepción el Presidente Gaviria, en su proyecto proponía mantener lo que denominó "*Acumulación de Autoridad*", figura consagrada en el artículo 61 de la Constitución de 1886, en virtud de la cual se justificaron los *Consejos Verbales de Guerra, las Cortes Marciales y los Tribunales Castrenses* que autorizaban el enjuiciamiento a civiles en tiempo de crisis del orden público¹⁸⁷.

Por su parte, Antonio Galán Sarmiento militante del partido liberal y hermano del fallecido candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, mostraba su aprobación al proyecto del Gobierno, pero, condicionándolo al pronunciamiento del Legislativo frente a la justificación de tales declaratorias, así como el visto bueno del Congreso sobre las medidas abrogadas por el Ejecutivo y las prórrogas a que hubiere lugar¹⁸⁸.

Como uno de los proyectos más reaccionarios Pedro Pablo Camargo¹⁸⁹ recuerda el surgido de la iniciativa de los conservadores Raimundo Emiliani Román y Cornelio Reyes, quienes aceptaban la idoneidad del artículo 121 de la Carta del 86; y proponían la suspensión de las garantías relativas a: la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de prensa, la libertad de reunión y el tránsito dentro del territorio, siempre y cuando sean óbice para confrontar amenazas de terrorismo y delincuencia organizada¹⁹⁰.

Igualmente, Carlos Lemos Simmonds propuso la suspensión de los derechos y libertades constitucionales y si bien rechazaba el procesamiento de civiles por cortes

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 71.

¹⁸⁸ GACETA CONSTITUCIONAL No. 31 de 1 de abril de 1991. p. 35.

¹⁸⁹ CAMARGO, *Los estados de...* (análisis del proyecto del gobierno), Op. Cit., p. 71.

¹⁹⁰ GACETA CONSTITUCIONAL No. 25 de marzo 21 de 1991. p. 205.

marciales, abogaba por tribunales especiales para el proceso de implicados en los actos que motivaran la declaratoria.

El conservador Miguel Santamaría Dávila (Gaceta Constitucional N° 66, 1991), propuso una modificación del artículo 121 de la Carta del 86, confiriendo al Ejecutivo la posibilidad de suspender las leyes por incompatibles con el estado de guerra o conmoción interior, y la adopción de medidas transitorias que suspendan ciertas garantías constitucionales, siempre que dificulten la prevención y sanción del terrorismo y el crimen organizado. Además, propuso la creación *pro tempore* de jurisdicciones especiales tendientes a la investigación y juzgamiento de los delitos que provocaron la alteración del orden público.

No obstante, y gracias a diversidad ideológica en la composición de la Asamblea Nacional Constituyente, la iniciativa de una nueva regulación del régimen de excepción no se agotó con el proyecto de la Presidencia y las demás propuestas conservadoras, que estaban de acuerdo con el régimen anterior, y proponían mantener el estado de sitio y la suspensión de los derechos fundamentales, sino que fueron muchos otros los constituyentes que nutrieron el debate y a contrario sensu en sus propuestas se evidenció una gran preocupación por garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso se llegó a proponer la desaparición del estado de excepción en Colombia, como lo hizo por ejemplo el constituyente Navarro Wolf. De este modo, la multiplicidad de propuestas en la Asamblea era tan diversa, como la composición pluralista de la misma.

Entre los proyectos más garantistas se encontraban:

La Delegataria María Teresa Garcés Lloreda propuso un término inicial para el estado de sitio por un mes, previo concepto del Consejo de Estado, prorrogable por períodos iguales previa autorización del Congreso, además, de la proscripción del enjuiciamiento a civiles por parte de militares¹⁹¹.

Por su parte, José Matías Ortiz Sarmiento y Alfredo Vásquez Carrizosa, proponían la proporcionalidad estricta entre las medidas de policía y las causas que originaban la declaratoria de turbación del orden público. También le imponía al legislativo un

¹⁹¹ GACETA CONSTITUCIONAL No. 20 de marzo 20 de 1991. pp. 78-105.

estricto control político sobre la declaratoria del estado de excepción, determinando la conformidad o no del decreto legislativo con las causas que generaron la crisis del orden público¹⁹². De igual manera, proscribía el procesamiento de civiles por tribunales castrenses e imponía la limitante de que para poder llevar a cabo allanamientos, registros, interrogatorios, recaudación de elementos de indagación y capturas por parte de las autoridades públicas, estas podrían realizarse siempre y cuando mediara una orden emitida por un juez.

Pero a mi juicio, lo más importante, es que este proyecto defendía la *no suspensión* de los derechos fundamentales durante los estados de excepción, y el estricto cumplimiento de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Al respecto, Pedro Pablo Camargo, expresa lo siguiente:

Una de las proposiciones más avanzadas era la de José Matías Ortiz y Alfredo Vásquez Carrizosa, cuyos Informes de ponencia se consignaron en la Gaceta Constitucional N° 67; dicha iniciativa proponía un articulado que exigiera la información inmediata al Congreso de la declaración del estado de conmoción interior y sus causas. La vigencia de las medidas sería por un período inicial de treinta días, al cabo de los cuales debía el Presidente convocar de nuevo al Congreso para la aprobación de las prórrogas y medidas a que hubiere lugar¹⁹³.

En conclusión, de las discusiones en la Comisión se presentaron tres proyectos incluido el propuesto por el Gobierno Gaviria sobre los estados de excepción, estos fueron presentados a la plenaria para su votación el día 18 de mayo de 1991¹⁹⁴. De estos, uno de ellos el que obtuvo la mayor votación, diferenciaba entre estado de guerra exterior, como un estado de sitio de vigencia de ley marcial y aplicable a los conflictos y agresiones externas, y el estado de conmoción interior, como un estado más limitado y aplicable a las alteraciones internas del orden público.

Otra novedad, frente al antiguo estado de sitio, es que todos los proyectos propuestos presentados en la Asamblea Nacional Constituyente buscaban limitar en el tiempo las atribuciones de excepción. Esa fue la gran preocupación de todos, porque como se dijo antes, “*el último estado de sitio que se declaró en Colombia duro desde 1984 hasta*

¹⁹² GACETA CONSTITUCIONAL No. 29 de marzo 30 de 1991. pp. 100-110.

¹⁹³ CAMARGO, *Los estados de...* (análisis del proyecto del gobierno), Op. Cit., p. 75.

¹⁹⁴ GACETA CONSTITUCIONAL No. 76 de 18 de mayo de 1991.

1991”, tal como lo expresó el Informe-Ponencia para primer debate sobre el tema de la emergencia económica y social, que concluía así:

...la realidad colombiana demuestra que en Colombia la prolongación en el tiempo del estado de excepción no ha resuelto el desorden, sino que aún puede haberlo agravado, y sin duda ha deteriorado gravemente la figura del estado de sitio. Además se ha convertido en una muleta para gobernar al margen del Estado de derecho...

Conforme a lo anterior, el exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia Rodrigo Uprimny Yepes, en entrevista personal, a la pregunta ¿Cuáles fueron las razones más importantes que llevaron a la Asamblea Nacional Constituyente para adoptar el nuevo régimen de los estados de excepción en Colombia?, contesto:

...fue algo parecido a una especie de posición originaria tipo Rojas, o sea el cuento era como que a pesar de que la constituyente tenía un espíritu de apertura democrática, de todos modos y paradójicamente, tanto dentro del gobierno Gaviria, como en el movimiento guerrillero M-19, había la idea de que se necesitaba un Presidente duro, para enfrentar coyunturas duras, con un estado de excepción más o menos duro, y digamos que era un momento muy difícil, con los atentados del narcotráfico, y con el conflicto armado que estaba ganando intensidad (...) O sea, todos los constituyentes tenían la idea de no hacer una Constitución por que yo voy a ganar, o a estar en el gobierno, sino que quizás gané otro, de un partido no tradicional, por ejemplo Navarro del M-19, entonces yo quizás voy a estar en la oposición. El dilema era: no se si voy a estar en el gobierno, o en la oposición, y de esa incertidumbre electoral, se hizo una posición intermedia, como una especie de minimax, preguntándose ¿cuál es la posición menos mala?. Y si yo estoy en la oposición, me gustaría un Gobierno que tenga la facultad de enfrentar las crisis con los estados de excepción, pero con un poder muy limitado, para que no sea arbitrario. Entonces, había que llegar a transacciones...¹⁹⁵

En todo caso, con respecto a la regulación de los estados de excepción en la Constitución de 1991, se dió un giro copernicano con respecto a la Constitución anterior, en esos términos se pronunció en entrevista personal el exmagistrado Juan Carlos Henao Pérez de la Corte Consticional, fueron suyas las siguientes palabras:

...¿entonces qué pasó? Bajo la égida de la Constitución de 1886; por decir algo entre los años ‘50 al 90’, el país vivió en estados de excepción un 80% del tiempo. Los estados de excepción se convirtieron en el funcionamiento normal del Estado cuando precisamente excepción es excepción, no normalidad. Precisamente ese tema fue muy discutido en la Asamblea Nacional Constituyente porque se observaba cómo a través del artículo 121 de la CN de 1886 el Presidente hacía lo que quería, es decir, por estados de excepción terminaba expidiendo códigos y sacando estatutos contrarios a las libertades humanas...entonces en el

¹⁹⁵ ENTREVISTA con Rodrigo Uprimny Yepes, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 24 de septiembre de 2014.

año '91 se dijo que ya por sí el Estado colombiano tiene un funcionamiento muy presidencialista, pero miremos con más detalle dentro de ese presidencialismo qué es lo que más presidencialista lo hace, y la conclusión era esta: dentro del presidencialismo mayúsculo de la Constitución del '86, el punto más desaforado era el estado de excepción. Prácticamente el congreso no servía para nada, todo era a través de decretos...¹⁹⁶.

3. REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Los estados de excepción, por naturaleza delimitan la frontera entre normalidad y anormalidad en el desarrollo del ordenamiento constitucional, puesto que solo se ponen en marcha ante una situación de anormalidad y traen consigo una serie de limitaciones y facultades que permiten el mantenimiento o el retorno a la anormalidad. Sin embargo, progresivamente debido a las tensiones sociales y políticas del país, el Ejecutivo de turno, de una u otra forma, ha distorsionado la figura, esto, mediante la declaración del estado de excepción o a su aplicación *de facto*, casi de manera permanente, convirtiendo lo “*Anormal*” en una costumbre “*Normal*”.

Como se dijo antes, Colombia permaneció bajo un régimen excepcional aproximadamente casi durante un siglo, en el cual el Poder Ejecutivo fue aumentando progresivamente sus facultades normativas autónomas con respecto al Congreso¹⁹⁷, mediante la utilización indebida de los estados de excepción. Por eso, a partir de la Constitución de 1991, la figura del estado de excepción en Colombia se ha inclinado por un modelo intermedio, este modelo es el que concede al Ejecutivo una serie de poderes adicionales con los cuales puede limitar algunos derechos y garantías constitucionales de manera temporal -y hasta que se restablezca el orden- en los casos determinados taxativamente en la Carta y en un sistema de controles que limitan el uso de dichas prerrogativas.

¹⁹⁶ ENTREVISTA con Juan Carlos Henao Pérez, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 29 de octubre de 2014.

¹⁹⁷ Se ha dicho que la democracia colombiana ha sobrevivido gracias a la frecuente utilización del régimen de excepción. Quienes defienden las virtudes de este método de gobierno agregan que en un país en vía de desarrollo se necesita un gobierno fuerte que pueda dirigir la economía y protegerse de los ataques de los grupos insurgentes. Respetados economistas extranjeros comparten esta teoría (R. Heilbroner y L. Thurow)”. CEPEDA ESPINOSA, *Estado de sitio y emergencia económica*, Op. Cit., p. 21.

...en esta posición intermedia —la que ha sido en parte recogida por los instrumentos internacionales de derechos humanos —, se ha intentado regular de forma restrictiva el poder de excepción, a fin de evitar abusos, basándose en algunas ideas esenciales: delimitar con rigor las causales de los estados de excepción y su temporalidad; definir con precisión las facultades de las autoridades y los derechos limitables, indicando además que su restricción debe ajustarse a ciertos principios, como los de proporcionalidad, temporalidad y necesidad, y, en consecuencia, fortalecer; los mecanismos judiciales y políticos de control a los eventuales abusos...¹⁹⁸.

Ya desde el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los debates en torno a los estados de excepción se caracterizaron por ser una reacción de rechazo frente al uso abusivo por parte del Ejecutivo del estado de sitio vigente en la Constitución de 1886. Por eso, en el capítulo VI de la Constitución Política, denominado “*Sobre los estados de excepción*” y la Ley Estatutaria 137 de 1994 regulatoria de los mismos, encontramos una regulación extensa, llena de requisitos de forma y de fondo y de un sistema de controles que busca proteger a los ciudadanos, tales como el control jurídico, el control político, y el control de legalidad frente a los decretos legislativos.

Dicha regulación está comprendida en los artículos del 212 al 215, en los cuales el Constituyente de 1991 consagro tres clases de estados de excepción: el estado de guerra exterior (Art.212), el estado de conmoción interior (Art.213) y el estado de emergencia, la cual podrá obedecer a motivos de orden económico, social y ecológico (Art.215). El carácter reglado de las potestades gubernamentales para poder ejercer las facultades de excepcionales, se debe a que una declaración de estado de excepción, puede comprometer entre otros, los derechos fundamentales y los principios democrático, de separación de poderes, así como de estructura y organización del Estado. Por ende, la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera reiterada, que el control de constitucionalidad el cual le corresponde realizar a la Corte Constitucional en virtud del mandato de los artículos del 212-215 y 241 de la Constitución Política, sobre los estados de excepción debe ser estricto y riguroso para evitar la eventual vulneración de los postulados y preceptos superiores a los que deben sujetarse tanto su declaratoria, como

¹⁹⁸ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo. “¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción”, en *Documentos de Discusión de "DJS"*, Documento n.º 1, noviembre del 2005. Disponible en (<http://www.dejusticia.org>)

los decretos de desarrollo de las facultades de las que temporalmente se inviste al Ejecutivo, en aras de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

Luego, respondiendo al mandato constitucional y a la necesidad de regularlos, se expidió la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (LEEE 137 de 1994¹⁹⁹) en Colombia. Entre las *restricciones* impuestas por el artículo 214 Superior a los estados de excepción, se establece que las facultades que al Gobierno le asisten durante ellos serán reguladas por ley estatutaria. Podemos apreciar que, el constituyente no solo se preocupó por determinar la naturaleza del estado de excepción y por fijar los límites a los que deben sujetarse las facultades extraordinarias que se le reconocen al Ejecutivo, sino que, además, dispuso en la delimitación del régimen de los estados de excepción concurriera también el Legislativo mediante una ley estatutaria. En consecuencia, en la Ley Estatutaria se desarrollan, entre otros aspectos, la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los derechos intangibles, los mecanismos de control a la limitación de derechos y garantías, la descripción de las prerrogativas del Ejecutivo para cada una de las especies del estado de excepción y las sanciones derivadas de su extralimitación.

Valga resaltar, que la Corte Constitucional de Colombia, conoció de la revisión del proyecto de Ley Estatutaria titulado “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, identificada en el Senado con el número 91/92 y en la Cámara de Representantes con el 166/92²⁰⁰, declarando la exequibilidad de las siguientes facultades otorgadas al Presidente de la República, entre ellas se encuentran: las facultades del Presidente para restringir el derecho de circulación y residencia (Art. 24 C.P.) , así como el derecho de reunión y las manifestaciones públicas (Art. 37 C.P.); el uso de servicios y consumo de artículos (Art. 78 C.P.); a la libertad de expresión de los medios de comunicación (Art. 20 C.P.); para imponer el toque de queda (Art. 24); para suspender servicios de radiocomunicación (Art. 20 C.P.); suspender y reemplazar temporalmente alcaldes y gobernadores (Arts: 304 y 314 C.P); imponer contribuciones fiscales y parafiscales (Art. 215 C.P.).

¹⁹⁹ Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994.

²⁰⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia No. C-179 del 13 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

En dicha revisión, la Corte Constitucional consideró, que las facultades del Presidente no deben rebasar el núcleo esencial del derecho fundamental que se limita, teniendo presente que la restricción es lo excepcional y lo excepcional, debe justificarse sin dejar margen de duda y que únicamente puede utilizar dichas facultades cuando la situación perturbadora así lo reclame, respetando los principios de finalidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas, precisando que constituye un límite constitucional la conexidad entre las medidas que se dicten durante los estados de excepción con las causas que originaron su declaración.

No obstante, y a pesar de que la Corte Constitucional ha insistido en que el uso de las medidas excepcionales se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad, como parámetro de constitucionalidad en el análisis de las declaratorias de los estados de excepción y de los decretos de desarrollo, en Colombia algunas de las declaratorias de emergencia carecen del prisma constitucional, toda vez que no se establece un sistema que garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites sí mismos frente al uso abusivo por parte de los poderes públicos durante los estados de excepción.

En efecto, la principal característica de los estados de excepción es la ampliación de los poderes del Ejecutivo, en el caso colombiano, se encuentra en cabeza del Presidente de la República. Pero en esa materia la Constitución, es necesariamente ambivalente. De una parte, le otorga al Presidente poderes discrecionales para conjurar situaciones de crisis, y de otra, establece mecanismos que limitan y frenan el abuso de la discrecionalidad.

En consecuencia, al establecer un nuevo régimen de estados de excepción, La Asamblea Nacional Constituyente partió de la idea que ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo *para suspender los derechos fundamentales*. Por ello, en las normas constitucionales, existen tres tipos de controles que recaen sobre las normas dictadas en estados de excepción: uno de carácter jurídico, por la Corte Constitucional²⁰¹, otro de índole político, por parte del

²⁰¹ Sobre el control jurídico la Corte Constitucional ha dicho: “En síntesis, de la Carta Política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos

Congreso de la República²⁰², y un tercer control de legalidad realizado por el Tribunal Contencioso Administrativo, que recaen tanto sobre la declaratoria del estado de excepción, como sobre los decretos legislativos de desarrollo, y los decretos autónomos que adoptan medidas expedidos por el Gobernador o por el Alcalde durante los estados de excepción. Dichos controles, no resultan excluyentes, pues según la Corte Constitucional: “los actos emitidos con base en el derecho constitucional de excepción, como todos los actos del poder público, son actos jurídicos solo que se proyectan políticamente. Como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos. No obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos”²⁰³.

Valga resaltar, que con la creación de la Corte Constitucional en 1991, se ha avanzado mucho en el control judicial de los decretos legislativos, el cual ya no es un control formal como el que hacía la Corte Suprema de Justicia cuando estaba en vigencia la Constitución de 1886²⁰⁴, sino que, es un control integral, esto significa que la Corte revisa no solo la forma sino el contenido de la declaratoria del estado de excepción, siendo una valiosa garantía para los ciudadanos. Sin embargo, los demás controles, como el político y el que realizan los órganos internacionales siguen siendo débiles.

legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2002, Op. Cit.

²⁰² Sobre el control político la Corte Constitucional ha expresado: Como corresponde a un sistema constitucional democrático, en el cual estén contemplados instrumentos de control entre órganos para evitar la concentración de poder y las posibilidades de abuso del gobernante, resulta apenas natural que el cuerpo representativo de elección popular sea el que por derecho propio, y también como una función que justifica su existencia, fiscalice, desde las perspectivas de la conveniencia, la oportunidad, la viabilidad política y el interés público, la actividad del Jefe del Estado cuando, por su propia determinación, asume un mayor cúmulo de facultades que pueden implicar restricciones a los derechos y libertades públicas y que de suyo -en los estados de excepción- representan un desplazamiento de las atribuciones del Congreso hacia el Ejecutivo”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-565 del 6 de Noviembre 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2002, Op. Cit.

²⁰⁴ “La Corte Suprema de Justicia como guardiana de la Constitución de 1886, sostuvo su incompetencia para realizar un control material de los decretos legislativos, limitando su análisis al cumplimiento de los requisitos de forma en el decreto inicial, es decir, si estaba suscrito por el Presidente y todos los ministros, si se había obtenido el concepto previo del Consejo de Estado; sin realizar ninguna otra consideración sobre los motivos de la declaratoria. El fundamento de la incompetencia de la Corte era la valoración del acto de declaratoria como un acto discrecional de poder o acto político, que no podía ser analizado por un órgano que ejercía funciones jurídicas y que carecía de la legitimidad democrática que tenía el Presidente”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Magistrados Ponentes: José Gabriel de La Vega y Eustorgio Sarria, 15 de octubre de 1974.

Si bien, es remota la posibilidad de que desaparezca el estado de excepción en Colombia, si debe limitarse al máximo. Se impone entonces, la necesidad de realizar un seguimiento permanente de todos los estados de excepción, porque a la luz de la democracia moderna, en Colombia algunas de las declaratorias de emergencia carecen del prisma constitucional, toda vez que no se establece un sistema que garantice los derechos fundamentales como un límite efectivo a los poderes públicos y privados. Ni se garantizan ni se mejoran los estándares de protección vigentes. Tampoco se extiende su alcance para proteger el núcleo duro de los derechos humanos, porque no siempre se hace visible su contenido más garantista

En este panorama, amparándose en situaciones de necesidad que requerían medidas urgentes, durante los períodos en los que las Cámaras no estaban reunidas, el Gobierno incluso por la vía de hecho, ha adoptado decisiones normativas que se han mantenido dentro del ordenamiento jurídico, ya sea por la falta de un control político y jurídico eficaz, o porque finalmente han sido convalidadas por el Poder Legislativo.

Así mismo, es importante resaltar que dentro de los controles al ejercicio de las facultades extraordinarias que se ejerzan por el Ejecutivo, el artículo 5° de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, establece la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁰⁵, lo cual encuentra correspondencia con el artículo 214-2 de la Constitución, al señalar que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.

Así, los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya suspensión se prohíbe en los estados de excepción, comprenden los establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93 superior).²⁰⁶ Si bien los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos bajo los estados de excepción, algunos de ellos pueden ser restringidos en la medida que satisfagan los requerimientos esenciales

²⁰⁵ Ley 137 de 1994, Artículo 5: "Prohibición de suspender derechos. Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política". Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción..., Op. Cit.

²⁰⁶ Cft. Sentencia C-802 de 2002.

previstos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción – LEEE 137/1994–.

Entre las reglas que delimitan la “*restricción de los derechos y libertades*” pueden señalarse: i) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción (Art. 6º, LEEE); ii) no se podrá afectar el núcleo esencial y se debe establecer garantías y controles para su ejercicio (Arts. 6º y 7º, LEEE); iii) debe justificarse expresamente la restricción de los derechos a efectos de demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hace necesaria (Art. 8º, LEEE); y iv) la restricción de los derechos y libertades solo se hará en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad (Art. 13, LEEE).

En todo caso, en Colombia durante los estados de excepción, queda prohibida la suspensión de derechos humanos y libertades fundamentales, así como la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado (Art. 214-2 Constitución Política). En mi opinión, este es el límite más importante que la Constitución le impone expresamente al Gobierno nacional, por lo que la Corte Constitucional, también deberá revisar que con la declaratoria de estado de excepción no se suspendan los derechos humanos y libertades fundamentales de los ciudadanos; que se respeten los derechos que han sido contemplados en el núcleo duro como derechos intangibles, y que por lo tanto, no admiten suspensión, pero también deberá garantizar que en ningún momento las medidas que se adopten puedan vulnerar el contenido esencial o núcleo esencial de los derechos humanos, porque conllevaría a la suspensión misma del derecho.

3.1 Clases de estados de excepción

El constituyente, finalmente aprobó el capítulo 6, de los estados de excepción, que abarca el estado de guerra exterior (Art. 212), el estado de conmoción interior (Art. 213) y el estado de emergencia económica, social y ecológica (Art. 215), a saber:

3.1.1 Estado de guerra exterior (Art.212 C.P.)

Según el artículo 212 de la Constitución Política su hecho habilitante es una agresión a Colombia de un Estado extranjero o viceversa, la agresión de Colombia a un Estado extranjero. En este caso más que la defensa de la constitución, se encuentra de por medio la existencia del Estado con sus caracteres esenciales de independencia, soberanía, integridad territorial y orden legal.

El Estado de guerra exterior fue consagrado para el caso de que Colombia reciba una agresión exterior por parte de una nación extranjera. Con la firma de todos sus ministros y la autorización del Senado, el Presidente de la República puede declarar dicho estado. Así mismo, puede adoptar las medidas que considere necesarias para repeler dicha agresión, defender la soberanía nacional, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento del orden público.

Como lo establecía la Constitución anterior, el Congreso continuará funcionando normalmente y a él le corresponde ejercer el control político del gobierno. Así mismo, los decretos legislativos dictados por el gobierno, no derogan pero suspenden las leyes que sean incompatibles con el estado de guerra; estos pierden su vigencia al momento de ser restablecido el orden público. Sin embargo, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, en todo caso, deberán respetarse las reglas del Derecho internacional humanitario.

En este estado de excepción no existe límite expreso en cuanto al ejercicio de las funciones legislativas por parte del Presidente, dado que las facultades rigen hasta tanto se declare restablecida la normalidad.

El Congreso ejercerá sus funciones constitucionales y legales a plenitud, el Gobierno le informará, motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Además, podrá, en cualquier época, reformar o derogar los decretos legislativos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

3.1.2 Estado de conmoción interior (Art.213 C.P.)

Su hecho habilitante es la grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, en todo caso que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, tal como se desprende del Art.213 de la Constitución Política.

Sobre la *competencia* se indica que la declaración del estado de conmoción interior en todo el país o parte de la república, requerirá la firma de todos los ministros. El nuevo artículo 213 consagró la declaratoria por un término inicial de 90 días prorrogables por dos períodos iguales siempre y cuando medie concepto previo y favorable del Senado.

La declaratoria de la conmoción interior es del resorte exclusivo del presidente, pero tiene que contar con la firma de todos sus ministros y si alguno no le firma, entonces lo reemplaza. Los ponentes recomendaron un plazo máximo de 30 días, pero el tramposo gobierno de César Gaviria Trujillo logró introducir un término de 90 días, "prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República", esto es, 270 de los 365 días que tiene el año. Le quedan al pueblo dos meses y 5 días de respiro o vacaciones. En un cuatrienio, un año y 15 días sin conmoción interior.

De este modo, por presiones del Presidente Gaviria, se introdujo un "orangután" dentro de la Carta: el Gobierno podrá prorrogar la vigencia de los decretos legislativos, una vez restablecido el orden público, "hasta por noventa días más". Con lo cual se prolonga el estado de conmoción interior a 360 de los 365 días que tiene el año. En otras palabras, la conmoción interior, como el estado de sitio anterior, es "*ad perpetúan*"²⁰⁷.

No prosperó la propuesta encaminada a la participación del Congreso de la República en la declaratoria del estado de conmoción interior y en la aprobación o rechazo de los decretos legislativos. El Congreso sigue siendo un convidado de

²⁰⁷ CAMARGO, *Los estados de excepción...*, Op. Cit., p. 100.

piedra, pues "se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales", pero lo solo para conocer el Informe motivado del Presidente "sobre las razones que determinaron la declaración", excepto en la segunda prórroga que exige "concepto previo y favorable del Senado".

En consecuencia, el artículo 213 de la Constitución de 1991: 1) determinó el espacio físico en el que puede declararse, indicando que procedía en todo el territorio nacional o en una parte de él; 2) señaló el término durante el cual podía estar vigente la declaratoria, limitándolo a 90 días prorrogables por dos períodos iguales y sometiendo la última prórroga al concepto previo y favorable del Senado de la República; 3) indicó que las facultades conferidas eran las estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación del orden público e impedir la extensión de sus efectos y 4) habilitó al Presidente para dictar decretos legislativos, que pueden suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción interior que dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público pero cuya vigencia se puede prorrogar hasta por 90 días más con autorización del Senado.

Como *presupuestos para su declaración*, el constituyente del 91 señaló los siguientes: 1) indicó el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria y lo circunscribió a *una perturbación del orden público*; 2) sometió ese supuesto a una especial *valoración*, en cuando señaló que la perturbación del orden público debía ser *grave* y que debía tener la virtualidad de *atentar de manera inminente* contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, finalmente, 3) sujetó también ese supuesto a un *juicio sobre la suficiencia de los medios* en cuanto precisó que esa grave perturbación no pudiera ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. En otras palabras, se trata, de un *presupuesto fáctico, que es objeto de valoración presidencial y que está sometido a un juicio de suficiencia sobre los medios policivos ordinarios*.

En efecto, el nuevo articulado impone un elemento central²⁰⁸ el cual es que “*la grave perturbación del orden público no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía*”, en este sentido, se limita la discrecionalidad

²⁰⁸ CAMARGO, *Los estados de...* (análisis del proyecto del gobierno), Op. Cit., p. 78.

del Ejecutivo quien deberá presentar las pruebas pertinentes ante la Corte Constitucional con el fin de que esta declare la satisfacción del presupuesto de suficiencia que impone la Carta.

A criterio de Pedro Pablo Camargo los conceptos de “*estabilidad institucional*”, “*seguridad del Estado*” o “*convivencia ciudadana*” que acoge el artículo en cuestión como elementos que deben verse gravemente afectados o amenazados a causa de la “grave perturbación”, son conceptos imprecisos. Sobre todo el primero, si Colombia ha vivido desde su independencia en permanente inestabilidad institucional. El concepto “*convivencia ciudadana*” podría interpretarse como elemento para definir la guerra civil. Y la “*seguridad del Estado*” implica rebelión, sedición y asonada²⁰⁹.

La amplia interpretación de esos conceptos ha permitido a tres gobiernos posteriores a la promulgación de la Constitución Política de 1991 acudir al estado de conmoción interior con los más variados pretextos, como la “emergencia judicial” o la muerte de un dirigente conservador como Alvaro Gómez Hurtado²¹⁰, que no produjo ninguna reacción que alterara el orden público, a diferencia de la insurrección popular que produjo el 9 de abril de 1948 el asesinato del caudillo Jorge Eliécer Gaitán²¹¹. Por ende, la interpretación que de esta afectación le dé el Ejecutivo puede ser bastante amplia dejando un considerable margen de discrecionalidad al Presidente.

En tal contexto, el Presidente no puede asumir cualquier facultad durante el estado de conmoción interior pues solo puede ejercer aquellas medidas necesarias para conjurar la grave perturbación del orden público. Además, las materias que desarrolle como legislador de excepción deben estar relacionadas con los hechos que generaron esa grave perturbación. Estas exigencias se conocen como *principios de necesidad y especificidad*, que como luego se verá, han sido objeto de un detenido desarrollo por parte del derecho internacional de los derechos humanos.

²⁰⁹ CAMARGO, *Los estados de excepción...*, Op. Cit., pp. 98-99.

²¹⁰ El 2 de noviembre de 1995 el presidente Ernesto Samper Pizano utilizó la muerte del dirigente conservador retirado ALVARO GÓMEZ HURTADO para implantar la conmoción interior encaminada a defender el régimen tambaleante por la conspiración del gobierno de los Estados Unidos de América con el pretexto de los dineros del narcotráfico.

²¹¹ En cambio, la muerte del dirigente de izquierda Jorge Eliécer Gaitán, atribuida a las oligarquías, generó el llamado bogotazo, o sea la insurrección popular que fue repri mida a sangre y fuego por el régimen conservador de Mariano Ospina Pérez.

No obstante, en este estado, el Presidente podrá adoptar muchas de las medidas mencionadas en relación con el estado de guerra exterior y de manera adicional otras, como son las siguientes: someter a permiso previo o restringir la celebración de reuniones y manifestaciones públicas; ordenar la aprehensión preventiva de personas; limitar o racionar el consumo de servicios o de artículos de primera necesidad; imponer contribuciones fiscales o parafiscales que no figuren en el presupuesto de rentas o efectuar erogaciones aún no incluidas en el de gastos; modificar el presupuesto; suspender la vigencia de salvoconductos para el porte de armas; tipificar penalmente algunas conductas, aumentar y reducir penas y modificar el procedimiento penal.

Conforme a lo anterior, las medidas son amplísimas en número, alcance y contenido. Sin embargo, la Ley 137 de 1994 estableció tres *prohibiciones*: Durante el estado de conmoción interior no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales (artículo 5); los civiles no podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar (artículo 42) y no podrá privarse a los municipios de sus ingresos o recursos ordinarios (artículo 45)²¹².

De otro lado, en Sentencia C-063 de 2003 la Corte colombiana determinó que la prórroga de un estado de excepción “*solo es posible en el estado de conmoción interior* consagrado en el artículo 213 C.P, el cual indica que por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República”²¹³.

En consencuencia, el decreto mediante el cual se *prorroga* un estado de conmoción interior tiene la naturaleza de *legislativo*, pues como ha quedado determinado, es *un acto declarativo*, y al igual que el de *declaratoria de conmoción interior*, también se constituye en una *autohabilitación para continuar legislando*. Por lo que una vez concurren ciertas circunstancias también de orden constitucional, la discrecionalidad del Gobierno Nacional se extiende a la adopción de las prórrogas previstas en la Constitución, la segunda de las cuales está sujeta al concepto previo y favorable del Senado de la República. Pero, la competencia para la declaratoria de prórroga de un

²¹² Ley 137 de 1994, Op. Cit.

²¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-063 de 2003. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

estado de conmoción interior, fue radicada por la Constitución en cabeza del Presidente de la República, una vez aprecie si la persistencia de los hechos que originaron la declaratoria de conmoción por el término inicial es de tal gravedad que siguen atentando de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

Para Uprimny como novedades del nuevo artículo sobre la conmoción interior, podrían destacarse las siguientes: I) causales más estrictas para la declaratoria y que estas sean verdaderamente extremas y excepcionales; II) elimina la vigencia indefinida del estado de conmoción interior ciñéndolo a un término inicial de 90 días prorrogable por dos períodos iguales más; III) proscripción de juzgamiento de civiles por militares y no interferencia con las otras ramas del poder público; IV) se elevó a rango constitucional el concepto de proporcionalidad de las medidas adoptadas frente a las causas de la perturbación, elemento que si bien ya había sido tratado por la jurisprudencia como *conexidad* en los estado de sitio, adquirió una mayor trascendencia y limitó la discrecionalidad del Gobierno Nacional; V) se prohibió por el artículo 214 la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el respeto de las normas del derecho internacional humanitario²¹⁴; VI) supresión del concepto previo del Consejo de Estado para la declaratoria, pero mantuvo el control político en cabeza del Legislativo y el juicio de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional, además, introdujo la reunión por derecho propio del Congreso y la potestad del Senado para no prorrogar la segunda vigencia del estado de conmoción interior ²¹⁵.

En este orden de ideas, el condicionamiento material que la Carta hace del estado de conmoción interior, no solo determina la legitimidad o ilegitimidad constitucional del decreto legislativo declaratorio sino que también constituye el ámbito de sujeción de los decretos legislativos de desarrollo dictados con base en él. De este modo, si el acto declaratorio no satisface ese condicionamiento, contraría la Carta y deberá ser retirado del ordenamiento. Por otro lado, si los decretos de desarrollo dictados con base en él no están directa y específicamente relacionados con los motivos de la declaración,

²¹⁴ En mi opinión el límite más importante que tiene el Ejecutivo al realizar la declaratoria de los estados de excepción es la no suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales, conforme al artículo 214 de la Constitución Política, objeto de estudio de la presente tesis doctoral.

²¹⁵ GARCÍA, y UPRIMNY, *El control judicial ...*, Op. Cit., p. 9.

contrarían también el Texto Superior y deberán ser declarados inexecutable. De allí que ese presupuesto constituya un límite material de ese particular estado de excepción.

3.1.3 Estado de emergencia, social y ecológica, o de grave calamidad pública (Art.215 C.P.)

Recientemente en las Sentencias C-135 de 2009²¹⁶, C-156 de 2011²¹⁷ y C-216 de 2011²¹⁸ la Corte Constitucional de Colombia recogió las características que reviste el Estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública (artículo 215 Superior), siguiendo los precedentes constitucionales sentados por la Corte Constitucional desde el inicio de sus funciones y en especial de las Sentencias C-004 de 1992²¹⁹, C-447 de 1992²²⁰, C-179 de 1994²²¹, C-366 de 1994²²², C-122 de 1997²²³, C-122 de 1999²²⁴ y C-216 de 1999²²⁵. Las modalidades en las alteraciones del orden que el Constituyente de 1991 encuentra, deben ser conjuradas por medio del Estado de emergencia (artículo 215 Superior) son, en su orden: i) la económica, ii) la social, iii) la ecológica y iv) la grave calamidad pública. En esa medida, son hechos distintos a los que dan lugar al Estado de guerra exterior o de conmoción interior.

²¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-156 del 9 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

²¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-216 del 29 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

²¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-004 de 1992 del 7 de mayo de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz

²²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-447 del 9 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

²²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia No. C-179 del 13 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-366 del 18 de Agosto de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997. Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz.

²²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-122 del 1 de marzo de 1999. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

²²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-216 del 14 de abril de 1999. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

El hecho habilitante del Estado de emergencia, lo constituye la perturbación o amenaza en forma grave e inminente del orden económico, social y ecológico del país, o una grave calamidad pública. El propósito del estado de emergencia es, expresamente, “*conjurar la crisis económica, social o ecológica correspondiente y [...] contener la extensión de sus efectos con el fin de retornar a la situación normal anterior*”²²⁶. Del artículo 215 Constitución Política se desprende que este estado puede ser declarado por *motivos distintos* a los que pueden servir de base a una declaratoria de guerra exterior o conmoción interior.

Así, se califica el hecho que lleve al Gobierno a declarar la emergencia, pues éste debe perturbar o amenazar en forma grave e inminente los órdenes protegidos por la medida; se determina que la declaratoria de emergencia debe limitarse a periodos hasta de treinta días y un acumulado de hasta noventa en el año calendario y se impone que la declaratoria y los decretos de desarrollo no sean suscritos solamente por el Presidente, sino también, por todos sus ministros. Igualmente, se preserva la exigibilidad de ciertos derechos incluso durante los estados de excepción –limitación predicable de todas las modalidades de los mismos²²⁷, se proscribe la suspensión de derechos, la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público o de los órganos del Estado y se prohíbe suprimir o modificar los organismos o las funciones básicas de acusación y juzgamiento²²⁸, o desmejorar los derechos sociales de los trabajadores²²⁹.

²²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-254 del 2 de Abril de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

²²⁷ Ley 137 de 1994, Artículo 4: “Derechos Intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al hábeas corpus.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados...”.

²²⁸ Ley 137 de 1994, Artículo 15: Prohibiciones. Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los estados de excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá: a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni

Por lo tanto, el Estado de emergencia se declara mediante decreto legislativo con la firma del Presidente y todos sus ministros, por períodos de 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días al año. Resaltando que en el Estado de emergencia no se podrá prorrogar como sucede con los otros dos estados de excepción.

Del mismo modo, se tiene que resaltar que las declaratorias pueden ser continuas o discontinuas o puede darse incluso el caso de declaratorias de emergencias conjuntas o variadas. Así, por ejemplo, se podría decretar que se declara el Estado de emergencia por calamidad pública en alguna zona del país y al siguiente día decretar la emergencia económica en todo el territorio nacional por una crisis financiera, siempre y cuando no se supere el término de vigencia de los estados de emergencia de noventa días en el año calendario.

La Corte debe efectuar un control jurídico constitucional integral de los decretos, dicho control no se limita a la revisión del cumplimiento de los requisitos formales, sino que, comprende también la verificación de los presupuestos fáctico, valorativo y el juicio de suficiencia sobre los medios ordinarios exigidos por la Constitución Política para declarar la emergencia, en aras de evitar la arbitrariedad o el exceso en el ejercicio de facultades legislativas de suyo, extraordinarias²³⁰.

de los órganos del Estado; c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento...”

²²⁹ Ver Constitución Política de 1991, Art. 215.

²³⁰ Tal como se dijo antes, hay que tener en cuenta que la Declaratoria de los estados de emergencia, económica, social y ecológica o por razón de grave calamidad pública del artículo 215 de la C.P, debe cumplir con unos presupuestos estrictamente formales y otros presupuestos materiales que han sido decantados por la jurisprudencia constitucional. El análisis del cumplimiento de los *requisitos formales* se refiere a que la Corte analizará si el decreto se encuentra plenamente motivado, si se encuentra firmado por el Presidente y todos sus Ministros, si se fija un límite temporal no mayor de treinta días, en cada caso, que sumados, no podrán exceder de noventa días en el año calendario, si en el decreto se determina el ámbito territorial, si se informó a los organismos internacionales al día siguiente de la declaratoria, y si el Congreso estaba reunido o si se convocó si éste no estuviere reunido para los diez días siguientes al vencimiento de dicho Estado de emergencia. Igualmente se debe estudiar los *presupuestos o requisitos materiales* establecidos por el artículo 215 de la Constitución, esto es, el *presupuesto fáctico* en donde se analiza la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública; el *presupuesto valorativo* en donde se examina la gravedad de la situación y la explicación de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social y ecológico es grave e inminente, o los hechos constituyen una grave calamidad pública, y el *presupuesto de necesidad o de insuficiencia de las medidas ordinarias* en donde se estudian las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente de orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales.

En efecto, en numerosos fallos desde la primera vez que la Corte realizó el control constitucional a un decreto legislativo a la luz de la Constitución de 1991, en la sentencia C-004 de 1992²³¹, ha precisado que el Estado de emergencia debe fundamentarse sustancialmente en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución, esto es: i) la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública; ii) la explicación de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social y ecológico es grave e inminente, o los hechos constituyen una grave calamidad pública y iii) la indicación de las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente de orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública, que no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales²³².

En esa medida, los presupuestos para la declaratoria del Estado de emergencia económica, social y ecológica, o de grave calamidad pública, establecidos en el artículo 215 constitucional, en concordancia con la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, son: 1) El presupuesto fáctico, 2) El presupuesto valorativo, y 3) el *juicio de suficiencia* de los medios ordinarios²³³.

Al respecto, en Sentencia C-216 de 2011²³⁴ la Corte Constitucional ha establecido dentro del *presupuesto fáctico* que los hechos deben haber ocurrido efectivamente, que sean diferentes a los que dan lugar a la declaratoria de guerra exterior o conmoción interior y que hayan ocurrido de manera sobreviniente, súbita o inopinada. Igualmente, se ha dispuesto, dentro de lo que se ha denominado juicio valorativo, que los hechos que sustentan la declaratoria sean graves e inminentes, es decir, que tengan un grado de intensidad tal, que impidan que el Gobierno utilice este instrumento para eventualidades de poca importancia o gravedad”.

²³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de 1992, Op. Cit.

²³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 2011, Op. Cit.

²³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-1032 del 28 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 2011, Op. Cit.

Con respecto al ámbito *territorial*, se puede afirmar que la Corte ha utilizado de manera analógica la regla sobre su aplicación en todo el territorio o parte de él²³⁵. En cuanto al ámbito *temporal*, el artículo 215 de la Constitución señala que la declaración del Estado de emergencia es por períodos hasta de treinta (30) días, en cada caso, dichos periodos sumados no podrá exceder noventa (90) días en el año calendario, *lo cual no significa que este Estado pueda ser prorrogado por los mismos hechos*, sino que el estado de emergencia no podrá ser declarado por más de noventa (90) días en el año calendario. En consecuencia, el Decreto de prórroga en los estados de emergencia económica, social y ecológica o por razón de grave calamidad pública, es improcedente, a pesar de que muchos autores piensan que la emergencia se puede prorrogar por tres periodos, hasta 90 días. El artículo 215 señala que estos se pueden declarar “*por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario*”. Esta disposición implica que se pueden declarar varios en estados de emergencia en un mismo año, siempre y cuando no superen la limitación temporal de los noventa días que se establecen como restricción temporal por el constituyente.

Finalmente, es importante hacer un recuento sobre las diferencias que advierte la Corte en la sentencia C 216 de 2011²³⁶, entre el estado de conmoción interior y el Estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública.

En primer lugar, resulta necesario aclarar que según lo preceptuado en el artículo 215 de la Constitución, *no resulta viable el decreto de prórroga* de los estados de emergencia, tal como ocurre con los estados de conmoción interior, es decir, tratándose del estado de emergencia, la Constitución prescribe que su declaratoria puede ser hasta de treinta días “en cada caso”, sin que sumados puedan exceder de noventa días en el año.

En segundo lugar y con relación a las medidas adoptadas durante la declaratoria de los distintos estados de excepción, cabe resaltar que a diferencia de las medidas adoptadas durante el estado de conmoción interior, las cuales al tenor del artículo 213

²³⁵ Ver Sentencias C-216 de 2011 y C-135 de 2009.

²³⁶ *Ibíd.*

de la Carta²³⁷ son *transitorias*, pues dejarán de regir hasta que se declare restablecido el orden público, mientras tanto, las decisiones adoptadas en el Estado de emergencia económica y social, son *permanentes*, con excepción de las medidas tributarias y penales, salvo que el Congreso las derogue. Esto significa que los decretos legislativos que se dicten durante los estados de emergencia, tienen carácter permanente, excepto las normas que establezcan *nuevos tributos o modifiquen los existentes*, caso en el cual, dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente incorporándolos al ordenamiento jurídico mediante ley (artículo 215 C.P.).

Sin duda alguna, la Constitución Política de Colombia encomendó a la Corte Constitucional la función de impedir que las facultades de legislar sean usadas e invocadas cuando no estén material, formal y razonablemente justificadas, tal como ocurrió con algunas declaratorias de emergencia. Es deber de la Corte defender la estabilidad y las reglas más básicas del Estado social de derecho, cuando el camino para resolver las situaciones jurídicas pudiere ser frecuentemente el de las reglas de excepción, como ocurría casi de manera permanente, en vigencia de la Carta de 1886²³⁸.

3.2 Sobre la discrecionalidad del Presidente de la República

La doctrina básica de la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad del Presidente durante los estados de excepción, ha sido expuesta en numerosos fallos, tales como: Sentencias C-004/92²³⁹, C-300/94, C-466/95, C027/96, entre otras. Una síntesis de tal doctrina se sintetiza a continuación:

Según el artículo 214-5 de la Constitución Política, el Presidente de la República y los Ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin

²³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 213: “...Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más...”. PIEDRAHITA RESTREPO, Op. Cit.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 111.

²³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-004 de 1992, Op. Cit.

presentarse las circunstancias extraordinarias previstas en la Constitución. En este sentido, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz señala que: “se le debe reconocer al Presidente un margen necesario —la Corte lo califica de "discreto"— de apreciación e interpretación de la realidad subyacente, pese a que no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama”²⁴⁰. Por ello, el juicio del Presidente es de naturaleza cognoscitiva e interpretativa, por no estar referido a la oportunidad o conveniencia, sino a la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el presupuesto objetivo de los estados de excepción.

En todo caso, declarado el estado de excepción, según el Art.189-4 de la Constitución Política, el Presidente es el responsable de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio nacional. Pero, el restablecimiento del orden alterado por los hechos perturbadores, no sería posible si no se reconoce en cabeza del Presidente un adecuado margen de discreción, actuando de conformidad con los principios de actualidad, proporcionalidad, e inminencia del peligro.

Así, la discrecionalidad del Presidente se trata de una facultad reglada, en cuanto deben cumplirse ciertos límites y presupuestos constitucionales y legales para que la declaratoria no sea arbitraria, además, la discrecionalidad únicamente se aplica en el libre albedrío de decidir políticamente el momento oportuno necesario y oportuno para la declaratoria, teniendo en cuenta que es imposible reglar esta última actuación, porque es imposible reglamentar las situaciones “*anormales*” de manera abstracta²⁴¹.

En suma, el uso abusivo de las facultades extraordinarias genera responsabilidades, razón por la cual, para prevenir la extralimitación de estas potestades por parte del Gobierno, entra a regir, en contrapeso, el sistema de controles ejercido por las dos ramas

²⁴⁰ CIFUENTES MUÑOZ, Op. Cit., pp. 117-146.

²⁴¹ “...no debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la Ley. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas discrecionales como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión, en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades...”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-031 del 3 de febrero de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

del poder legislativo y jurisdiccional, en estas ramas está radicada la competencia de ejercer el control político y el control constitucional respectivamente de los estados de excepción. De este modo, el Constituyente de 1991, al establecer un nuevo régimen de estados de excepción, partió de la idea que ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo, por eso estableció un conjunto de límites que acompañados de un sistema eficaz de controles, garantizan los derechos de los ciudadanos.

4. SISTEMA DE CONTROLES

El Constituyente de 1991, en el momento en que establece un nuevo régimen de estados de excepción, partió de la idea que ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo. En esa medida, la configuración de los límites debe ir acompañado de un sistema eficaz de controles destinados a garantizarlos.

Al respecto, pueden señalarse tres tipos de control: uno de carácter jurídico, otro de índole político y otro de carácter legal que recaen tanto sobre la declaratoria del estado de excepción, como sobre los decretos legislativos de desarrollo. Dichos controles no resultan excluyentes, pues “los actos emitidos con base en el derecho constitucional de excepción, como todos los actos del poder público, son actos jurídicos, solo que se proyectan políticamente. Como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos. No obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos”²⁴².

De esta forma, la Constitución le impone a la Corte el deber de conocer de manera automática la validez constitucional de los decretos dictados para declarar los estados de excepción y para adoptar las medidas que ellos hacen viables. Cabe aclarar, que en los estados de excepción existen dos tipos de decretos legislativos²⁴³, estos son, los

²⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802 de 2002, Op. Cit.

²⁴³ Ver Artículo 214, 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

declarativos del estado de excepción (guerra exterior, conmoción o emergencia económica, social o ecológica) con fuerza de ley, en virtud de que constituyen la habilitación del Presidente de la República para legislar y los *decretos de desarrollo* de esas facultades excepcionales. Ambos decretos tanto los *decretos declaratorios o decretos madre, como los decretos de desarrollo*, deben ser sometidos al control jurídico y al control político, para evitar el uso abusivo de las facultades de emergencia por parte del Gobierno nacional.

En ese sentido, La Constitución misma marca límites a la facultad extraordinaria del Presidente de la República para declarar los estados de excepción, estos límites son de carácter formal y material. Ambos se verifican con el contenido de los artículos 212 a 215, de la Constitución Colombiana, los de *carácter formal*, analizando si el decreto relativo se expidió con la firma del Presidente y de todos los Ministros; si contiene consideraciones que justifique la declaración del estado de excepción; si señala la temporalidad de vigencia de la declaratoria; y el aspecto material, comprobando la existencia de los hechos generadores de la declaratoria de excepción, si ellos han provocado la grave perturbación del orden constitucional, así como la verificación de esa gravedad y si tal perturbación solo puede solucionarse con las medidas extraordinarias.

A su vez, los límites de *carácter material* son verificados por parte de la Corte Constitucional a través del juicio de constitucionalidad, según el cual es preciso verificar que las medidas adoptadas, en su contenido mismo, no entren en contradicción específica con la Constitución y no desconozcan las prohibiciones generales contenidas en el ordenamiento superior, que comprenden la no suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁴⁴.

Conforme a lo anterior, la declaratoria de cualquier estado de excepción requiere la firma del Presidente y de todos los ministros, el de guerra exterior, requiere también la autorización de Senado; salvo el estado de excepción de guerra exterior, los otros dos, tienen señalado de manera precisa el tiempo que pueden durar; pero el estado de emergencia a diferencia del estado de conmoción interior, no admite prórroga, es decir,

²⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-226 del 30 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que sólo puede ser declarado por períodos de 30 días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días al año.

Además, tratándose de guerra exterior y de conmoción interior, los decretos que emita el Presidente con fuerza de ley dirigidos a solucionar las causas que originaron los estados de excepción, suspenderán las leyes incompatibles con el mismo y dejarán de regir en tanto se restablezca la normalidad. Mientras tanto, las decisiones adoptadas en el estado de emergencia económica y social, son permanentes, con excepción de las medidas tributarias y penales, salvo que el Congreso las derogue.

Así las cosas, una vez que la Corte encuentra que los decretos declaratorios cumplen a cabalidad con los requisitos formales constitucionales y legales, podrá llevar a cabo juicio de constitucionalidad sobre los presupuestos materiales de la declaración del estado de excepción. En efecto, como presupuestos de la declaratoria de los estados de excepción, en la Constitución se establece a) *un presupuesto fáctico*, que da lugar a la declaratoria y que según el estado de excepción de que se trata, lo constituye la perturbación de la soberanía nacional, del orden público o del orden económico, social o ecológico; b) un *presupuesto valorativo*, en la medida que la perturbación deba ser grave y tener la virtualidad de atentar de manera inminente contra el orden constitucional, y, c) *un juicio sobre la suficiencia de los medios*, considerando que esa grave perturbación no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades.

La falta de concurrencia de los presupuestos referidos, puede conducir a que el Presidente y sus ministros sean responsables por haber declarado el estado de excepción en abuso de sus facultades excepcionales (Art. 215-5 C.P.).

4.1 Control jurídico

Aunque en el siglo XIX, a nivel constitucional y legal, pueden encontrarse diversos antecedentes constitucionales y legales que permitirían delinear un incipiente conjunto de garantías enderezadas a afirmar la prevalencia de la Constitución. Era la Corte

Suprema de Justicia quien tenía la competencia de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno. La reforma constitucional de 1910 es la que establece realmente un completo sistema de control constitucional en el país.

No obstante, fue la reforma constitucional de 1968 la encargada de introducir el control constitucional automático a cargo de la Corte Suprema de Justicia, respecto de todos los decretos que expidiera el Presidente de la República al amparo de los estados excepción, los que debían remitirse a aquella inmediatamente después de dictados. Además, en esta reforma se instituyó el Estado de emergencia, dirigido, según lo estipulado en el artículo 122 de la Carta anterior, a conjurar perturbaciones al orden económico o social de la Nación o aquéllas generadas por calamidad pública.

Afortunadamente, la Corte Constitucional en vigencia de la Constitución Política de 1991, cambió radicalmente dicha posición y adoptó un control integral del Decreto de declaratoria, es decir, un control formal (firmas y publicaciones) y un control material sobre el motivo de las medidas que se pretenden adoptar, con fundamento en el hecho de que en un Estado social de derecho *no puede existir poder sin control*, lo cual constituye un eficaz freno al desbocamiento del poder del Ejecutivo y un gran avance en el control de los derechos fundamentales de los ciudadanos que tienden a ser vulnerados por las medidas tomadas en los estados de anormalidad.

Ya desde el año 1992 en Sentencia C-004 de 1992, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz²⁴⁵, la Corte Constitucional expresó la necesidad de realizar un control integral sobre los decretos legislativos:

El ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su supremacía e integridad por el constituyente en el artículo 215 superior. Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían “supraconstitucionales”²⁴⁶.

²⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-004 de 1992, Op. Cit.

²⁴⁶ Cfr. Sentencias C-300/94 y C-466/95, en esta última el M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiteró la anterior doctrina.

En suma, la justificación principal del control constitucional está dada por la protección de los derechos frente a la expansión de los poderes presidenciales y al uso que se haga de los mismos. Las consecuencias de la declaración producen efectos jurídicos no solo respecto del gobierno, sino también, respecto de los ciudadanos que ven limitados sus derechos, es finalmente, la Corte Constitucional, quien debe verificar si se han producido en la realidad esos hechos nuevos, sobrevivientes y que no se pueden conjurar con las facultades ordinarias.

Por ello, el artículo 241 de la Carta confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Específicamente en el numeral 7 de esta disposición se precisa que a la Corte le corresponde decidir con carácter definitivo sobre *la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución*. Es de anotar que la competencia del Tribunal Constitucional para conocer sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos declaratorios de los estados de excepción, ha sido reconocida de manera constante, pacífica y reiterada por la jurisprudencia nacional no solo de la Corte Constitucional sino de la Corte Suprema de Justicia durante los últimos treinta años²⁴⁷.

No puede aceptarse que el examen de su exequibilidad quede sometido a un control *rogado*, al ejercicio de una acción eventual de un ciudadano y bajo los términos de un proceso ordinario de nulidad. Aún en el caso de los decretos que reglamentan las facultades excepcionales y que corresponden al Consejo de Estado ese control es igualmente automático. En esta materia, bajo ningún supuesto se puede poner en funcionamiento el control de constitucionalidad por intervención ciudadana. Valga resaltar, que el artículo 214.6 de la C.P., autoriza a la Corte Constitucional para aprehender de oficio y en forma inmediata el conocimiento de los decretos legislativos, en caso de que el Gobierno incumpla con su deber de enviarlos para su revisión, al día siguiente de su expedición.

Se concluye entonces, afirmando que al interior del ordenamiento jurídico colombiano, no existe un conflicto de jurisdicción ni de competencia por cuanto prevalece el criterio de la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción

²⁴⁷ Ver Sentencia C- 556 de 1992, Op. Cit.

constitucional²⁴⁸. Por ello, en la Sentencia C-135 de 2009²⁴⁹, la Corte se refirió al alcance y rasgos distintivos de este control, expresando que:

...el control jurídico no depende de la voluntad del órgano de control, pues la Constitución Política impone a la Corte Constitucional el deber de pronunciarse de manera automática sobre la validez constitucional de los actos dictados para declarar los estados de excepción y para adoptar las medidas que ellos hacen viables, encontrándose en la obligación ineludible de defender la supremacía e integridad del Texto Superior, lo cual implica la obligación o el deber de excluir del ordenamiento aquellos actos que la desconozcan...

En suma, los rasgos distintivos del control jurídico han sido definidos de manera clara y expresa por la Constitución en los artículos 214.6, 241.7 y 242, y son²⁵⁰:

- a) El objeto de control son el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas para conjurar la situación extraordinaria y los decretos de prórroga de los estados de excepción.
- b) Es un control integral porque que se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales.
- c) Es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, estos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad.
- d) Es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de los decretos objeto de control.
- e) El Procurador General de la Nación deberá rendir concepto.

4.2 El control político

²⁴⁸ “Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, han coincidido en afirmar que el control constitucional recae no sólo sobre los decretos declarativos de los tres estados excepcionales, sino también con respecto a cada uno de los decretos legislativos que expida el Gobierno, en desarrollo de las atribuciones que le confiere la Constitución, para ser utilizadas durante los períodos transitorios”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C— 179 de 1994, Op. Cit.

²⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-135 de 2009, Op. Cit.

²⁵⁰ *Ibíd.*

Dentro de las funciones que tiene el Congreso de la República, encontramos el control político de los actos del Gobierno en general, de manera especial, se consagra el control político de los estados excepcionales. Este análisis se centra en la conveniencia, oportunidad, bondad, magnitud, aceptación, viabilidad, e interés público, sobre las medidas adoptadas por éste, con el fin de contrarrestar la concentración del poder en el Ejecutivo y los posibles abusos del mismo, es decir, ejercer una función democrática de contrapeso frente a las nuevas funciones que asume esta rama del poder público²⁵¹.

Los estados de excepción no interrumpen el funcionamiento del Congreso, el cual conserva la plenitud de sus atribuciones constitucionales y *pueden en cualquier época reformar o derogar los decretos legislativos*. En consecuencia, la Constitución mantiene intacta la atribución del Congreso de expedir las leyes. Para la materialización del control político de los estados de excepción, se consagran paralelamente a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, un tipo de sesiones *sui generis* que han recibido el nombre de “*especiales*”, dado que se reúne por derecho propio y no deja de ejercer sus funciones legislativas normales. Estas sesiones “*especiales*”, según denominación de la doctrina, aceptada por la jurisprudencia, están previstas de manera específica para el ejercicio del control político por parte del Congreso respecto de los decretos expedidos por el Presidente de la República en uso de las atribuciones extraordinarias que le confieren los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

Desde luego, el control político en cabeza del Congreso —que no se confunde con el examen acerca del lleno de los requerimientos constitucionales de fondo— significa el desempeño de una función constitucional en cuya virtud la rama legislativa equilibra el poder del Gobierno mediante el ejercicio del propio poder, para lo cual goza, durante el tiempo destinado a ejercer el control político, de la integridad de sus facultades, inclusive en el plano legislativo. Este control se evidencia cuando: En caso de *guerra exterior*, la reforma o derogación de los decretos legislativos, requieren el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara (C.P. Art. 212).

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de conmoción interior el Congreso se reunirá por derecho propio, entre otros propósitos, a

²⁵¹ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y constitución. Bogotá: Legis, 2001. p. 151.

fin de examinar el Informe motivado que habrá de presentar el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración (C.P. Art.213). Tratándose del Estado de emergencia, el Congreso examinará el Informe motivado presentado por el Gobierno y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas (C.P. Art.215). Dentro del año siguiente a la declaratoria de la emergencia, el Congreso podrá derogar, modificar o adicionar los decretos dictados, inclusive en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno.

Así, más allá de crear leyes, la principal función parlamentaria es la de establecer vigilancia y control sobre el poder ejecutivo, y es bajo esta concepción que el constituyente delega el control político en manos del Congreso. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha expresado:

Como corresponde a un sistema constitucional democrático, en el cual estén contemplados instrumentos de control entre órganos para evitar la concentración de poder y las posibilidades de abuso del gobernante, resulta apenas natural que el cuerpo representativo de elección popular sea el que por derecho propio, y también como una función que justifica su existencia, fiscalice, desde las perspectivas de la conveniencia, la oportunidad, la viabilidad política y el interés público, la actividad del Jefe del Estado cuando, por su propia determinación, asume un mayor cúmulo de facultades que pueden implicar restricciones a los derechos y libertades públicas y que de suyo -en los estados de excepción- representan un desplazamiento de las atribuciones del Congreso hacia el Ejecutivo...²⁵²

Si bien es cierto que la sociedad que se representa en el Congreso como órgano político y deliberante, lo ve como una garantía, este control en Colombia es ineficaz. No se ha dado ningún debate al interior del foro democrático, sobre las medidas excepcionales adoptadas en los decretos legislativos por el Presidente de la República y sus Ministros durante el estado de conmoción interior.

4.3 El control de legalidad de los decretos de desarrollo proferidos durante los estados de excepción

²⁵² Ver Sentencia C-565 de 1996, Op. Cit.

En Colombia, la Constitución de 1991 ha establecido dos tipos de decretos legislativos: *Los “declarativos”* del estado de excepción, con fuerza de ley porque constituyen una auto habilitación para legislar y los decretos de *“desarrollo”* de esas facultades excepcionales. Sobre el tema, la Corte ha dicho:

...existe además una inescindibilidad indiscutible entre el decreto declaratorio del estado de conmoción y los decretos expedidos a su amparo. Uno y otros forman el régimen jurídico de los estados de excepción. El decreto declaratorio no es de menor jerarquía normativa; por el contrario, constituye el parámetro de control de los decretos que con fundamento en él dicte el Gobierno Nacional. Si uno y otros decretos legislativos forman un mismo régimen jurídico, es lógico entender que su control de constitucionalidad no podía difuminarse en dos órganos distintos y, menos aún, pertenecientes a la misma jurisdicción...²⁵³.

Es claro, que la Corte es el juez constitucional de los estados de excepción. La Carta Política confía a la Corte la competencia para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, algunos los han denominado decretos madre, como de las medidas que el Gobierno expida a su amparo, o también llamados por la doctrina, decretos de desarrollo²⁵⁴.

Así mismo, el artículo 237 de la Carta en su numeral 2, señala que el Consejo de Estado, conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional²⁵⁵. La misma Ley 137 de 1994, en su Artículo 20 dispone que:

...las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales...²⁵⁶

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ El artículo 237 de la Carta Política en su numeral 2, señala que: “el Consejo de Estado, conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Además, la misma Ley 137 de 1994, en su Artículo 20 dispone que: “las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales”.

²⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁵⁶ Ley 137 de 1994, Op. Cit.

La Ley Estatutaria 137 de 1994 tiene por objeto regular las facultades atribuidas al Gobierno y el control de las mismas durante los estados de excepción, es así como mediante aquella se establece un control adicional a los que ordena la Carta Constitucional, denominado control de legalidad. En efecto, el artículo 20 de la citada ley, determina que: “Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso-administrativo”.

Por lo anterior, el control de legalidad se realiza sobre los decretos reglamentarios que dicta el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa, en ejercicio de las funciones que le otorga la Constitución Política, especialmente las contenidas en su artículo 189 Numeral 11. Dichos decretos, que de manera ordinaria reglamentan la ley, cumplen la misma función (reglamentar) en los estados de anormalidad, solo que están direccionados a reglamentar las medidas implementadas en los decretos legislativos expedidos en desarrollo de los estados de excepción.

De igual forma sucede con el uso de la facultad reglamentaria en ejercicio de la función administrativa que tienen las entidades territoriales y demás organismos adscritos a la rama ejecutiva, siempre y cuando, se trate de actos de carácter general y estén encaminados a reglamentar las medidas decretadas en los estados de excepción.

Frente a este control, también denominado “*control automático de legalidad*”, no existe mucha regulación, así lo ha reconocido en su jurisprudencia el Consejo de Estado. No obstante, ésta misma Corporación ha definido unas características propias del *control de legalidad*, las cuales serán expuestas a continuación:

En primer lugar, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una Sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella.

En segundo lugar, el control es automático, o como lo dice el Art.20 de la Ley 137 de 1994²⁵⁷, “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente.

²⁵⁷ Ley 137 de 1994, Artículo 20. Control de legalidad: “Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

En tercer lugar, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el Art.213 CP., pese a que la norma no lo señala en forma expresa, pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma...²⁵⁸.

De otro lado, el Consejo de Estado ha dicho que el control de legalidad es independiente del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional, tanto en la oportunidad del pronunciamiento, como en el sentido de la decisión que se profiera. Esta afirmación hay que analizarla en contraste con lo que ha dicho la Corte Constitucional en relación al control de “*inconstitucionalidad por consecuencia*”, el cual ha sido entendido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-176 de 2009, de la siguiente forma:

...cuando es declarado inexecutable el decreto declaratorio del estado de excepción, deben desaparecer también del ordenamiento jurídico todas las normas que se expidieron en desarrollo de aquélla, por ausencia de causa jurídica”. Es decir, que el control de legalidad no resulta ser tan autónomo y puede llegar a ser un tanto dependiente del control jurídico, cuando previamente la Corte Constitucional se ha pronunciado en un determinado sentido y deja sin efectos jurídicos los decretos legislativos que tienen como base los decretos reglamentarios sujetos de control de legalidad por el Consejo de Estado. No obstante, luego la misma Sentencia establece que “este tipo de inconstitucionalidad resulta solo cuando existe una relación de causa a efecto entre la norma causal o determinante y la derivada”²⁵⁹.

En conclusión, el control de legalidad, pese a ser un control de carácter jurídico, no presenta incompatibilidad alguna con el control que ejerce la Corte Constitucional, porque la competencia para llevar a cabo el ejercicio de los mismos, está radicada en *diferentes entidades*, con *distintas jurisdicciones* y sobre *normas* que difieren tanto en su contenido formal como material.

Otra razón importante, que ha impedido el control efectivo de las medidas adoptadas durante la declaratoria de los estados de excepción, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, es que este control ha tenido poco desarrollo legislativo y jurisprudencial, de ahí que ni siquiera el Consejo de Estado, en quien está radicada la

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición”.

²⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Radicado número 11001-03-15-000-2010-00352-00(CA) del 01 de Junio de 2010.

²⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-176 de 2009. Magistrada Ponente: Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez.

competencia para llevarlo a cabo, tiene claridad sobre cuáles son las circunstancias en las cuales se debe ejercer dicho control.

5. CONCLUSIONES

En Colombia el ejercicio de los poderes derivados del estado de excepción por parte del Ejecutivo ha sido una constante histórica de los gobiernos de turno independientemente de su filiación política. No obstante, la vasta discrecionalidad de las decisiones del Ejecutivo en el uso de sus atribuciones de emergencia, no ha sido suficiente para conjurar los graves problemas de orden público que afectan al país, convirtiendo el estado de excepción en una figura ineficaz.

Por ello, uno de los objetivos principales del Constituyente de 1991 fue limitar los poderes de la Rama Ejecutiva para los estados de excepción, buscando fortalecer la labor de la Rama Legislativa, como órgano de representación democrática, porque con el incremento de las facultades extraordinarias en manos del Ejecutivo se estaría privando al Congreso de la República de su más valiosa atribución “hacer las leyes”, en detrimento de los principios democrático, participativo y pluralista.

Tampoco puede perderse de vista, que el paso del tiempo hace prever la existencia de mecanismos oportunos y más eficaces para dar respuesta dentro de la “anormalidad” a las situaciones de crisis, en las cuales no se puede abandonar el proceso de discusión pública de los conflictos en *el foro natural de discusión*, que por excelencia es el Congreso de la República. Por ello, la procedencia de los estados de excepción debe resultar cada vez más inusual, en virtud de que en la sociedad y en el ordenamiento jurídico colombiano existen instrumentos para enfrentar las crisis.

Sin duda alguna, la Constitución de 1991 y los organismos de protección internacionales de derechos humanos, prevén mecanismos y formas que le son propios, para responder de manera pronta e idónea a las crisis o alteraciones que ponen peligro el orden público, social, económico, o ambiental en Colombia. Por eso, durante los últimos años, las autoridades públicas han venido acogiendo paulatinamente la doctrina que prohíbe la utilización expansiva de los poderes excepcionales para resolver

problemas crónicos o estructurales, sin que ello quiera decir en modo alguno que éstos deban quedar huérfanos por parte del Ejecutivo.

De esta manera, el prescindir del concierto de órganos, atribuciones y herramientas establecidos por el ordenamiento jurídico para afrontar una determinada crisis, cuando los poderes existentes pueden contribuir sustancialmente a conjurarla, revela una estrategia de expansión del poder que no se compadece con el principio democrático. De ahí que tome importancia el privilegiar, hasta el máximo posible, la vía democrática.

Sin lugar a duda, la función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso, con una capacidad de respuesta para enfrentar la crisis, y se pueda exponer a la sociedad y a sus instituciones a un punto crítico de peligro. Por lo tanto, ante la agudización de los problemas estructurales que se presentan a diario en el país, antes de proceder a declarar el estado de excepción, las autoridades estatales deben examinar si los hechos son *sobrevinientes y extraordinarios*, y pueden ser enfrentados con el ejercicio de las competencias ordinarias, pues de lo contrario, si acudimos a la utilización del régimen excepcional de manera sistemática, y con el fin de remediar o corregir todos y cada uno de los males estructurales que enfrenta la sociedad, pondríamos en riesgo la legitimidad que tiene el Estado y su *ius puniendi*, de conjurar las situaciones de crisis que pueden ser solucionadas a través de los órganos y procedimientos de la normalidad.

Para terminar, es necesario reiterar que el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia, salvaguardando así el principio democrático. Pero, la democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS HUMANOS: SU PROTECCIÓN NACIONAL, INTERNACIONAL Y GARANTÍA

1. EL PAPEL DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA EN UN NUEVO CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Cuando terminó la Segunda Guerra Mundial, hubo un perfeccionamiento de los derechos humanos, que Eduardo García de Enterría ha llamado la “*lengua de los derechos*” y que permea todo el discurso jurídico- político, hasta el punto de que hoy es prácticamente inconcebible una reclamación política que no se presenta en términos de derechos, más aún de derechos del máximo nivel, como son los derechos humanos. Norberto Bobbio, también se ha referido al tiempo presente como una “*edad de los derechos*” marcada por una creciente conciencia de que el Estado es deudor hacia los ciudadanos de algo más que concesiones graciabiles²⁶⁰.

Sobre los derechos humanos Bobbio ha expresado que: “uno de los esfuerzos fundamentales que deben hacerse, no es tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados²⁶¹.”

Se puede decir entonces, que la sociedad actual, desde el punto de vista político se ha organizado a través del sistema democrático y está caracterizada por la crisis de “*vivir el tiempo de los derechos sin derechos*”. Pero también, por la de pretender fundamentar la existencia de los derechos sin ningún fundamento²⁶². Por ello, y ante la dificultad para construir un concepto único de los derechos humanos, Uprimny destaca las funciones que tienen los mismos, en la sociedad contemporánea:

Los derechos humanos tienen, al menos, una triple dimensión: son una categoría ética, puesto que constituyen uno de los marcos más aceptados de lo que podría ser una ética moderna secularizada que regula la convivencia pacífica entre los

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Presente y futuro de los derechos del hombre. En: *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. 1981. pp. 129-155.

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*, p. 41.

ciudadanos en una democracia. De otro lado, tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos. Finalmente, los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados...²⁶³.

En el mismo sentido, Savater²⁶⁴ ha señalado que los derechos humanos: “transversales a la ética, a la política y al derecho, intentan proporcionar el código donde las exigencias de éstas se reúnen sin confundirse. De aquí provienen sus peculiares insuficiencias y también su innegable y aún creciente fascinación”²⁶⁵.

En todo caso y acogiendo la tesis de Pérez Luño²⁶⁶, citado por Tulio Elí Chinchilla²⁶⁷:

...debe hablarse de derechos fundamentales, más que de libertades públicas o derechos civiles o libertades individuales, porque mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales, los derechos fundamentales (...) tienen un significado más amplio y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural...

Los derechos humanos se constituyen así en la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana, y de los valores de libertad e igualdad, como expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, constituyendo el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico.

²⁶³ Ibíd., p. 43.

²⁶⁴ Para ampliar: SAVATER, Fernando. *Ética como amor propio*. México: Mondadori, 1991. p. 163 y ss.

²⁶⁵ Los derechos humanos no son únicamente un concepto técnico jurídico que puede ser utilizado escépticamente, o de manera puramente descriptiva y técnica, puesto que tienen una carga ética y valorativa muy fuerte ya que, en esta época de crisis de paradigmas políticos, grandes sectores los invocan como una especie de sustitutos normativos frente a la relativa decadencia de las oposiciones ideológicas; por ello, tanto los gobiernos como los grupos opositores más diversos los invocan como principio de justificación de sus conductas y como arma de crítica ante sus adversarios.

²⁶⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988. Citado por CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* 2a. ed. Bogotá: Temis, 2009. p. 106.

²⁶⁷ CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., p. 41.

Existe así, un derecho a la dignidad, el cual opera aun cuando caduquen todos los demás derechos asegurados por la carta fundamental. Tal es el presupuesto establecido en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH)²⁶⁸, las cuales establecen que la idea de los derechos fundamentales tiene su raíz en la dignidad y en el valor de la persona humana, los cuales son inherentes a la naturaleza del ser humano.

1.1 ¿Por qué una redefinición del concepto de derechos fundamentales en Colombia?

A los derechos humanos que emanan de la naturaleza del hombre en sí misma considerada, suele llamárseles en los textos jurídicos de rango constitucional “*derechos fundamentales*”. La expresión se utilizó por vez primera en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, acordada y promulgada en 1949. En esta Constitución se habla de derechos fundamentales para referirse a los derechos humanos que hacen parte esencial del ordenamiento democrático y libre, por esta razón constituyen el fundamento de la unidad política del pueblo.

Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo, en Colombia algunos derechos sociales pertenecientes a la llamada segunda generación, han sido reconocidos por la Corte Constitucional como derechos fundamentales porque son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

Para Tulio Elí Chinchilla “los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados con garantía reforzada”²⁶⁹, exigencias jurídicas *prima facie* que buscan proteger la dignidad humana. El artículo 5 de la Constitución reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, esto es, acepta que como bienes jurídicos de la humana naturaleza comparten con ella su radical subsistencia. En consecuencia, los derechos humanos constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad, como expresión jurídica de un

²⁶⁸ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Preámbulo: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros...”.

²⁶⁹ ENTREVISTA con Tulio Elí Chinchilla Herrera, conocido constitucionalista colombiano. Medellín, junio 19 de 2014.

sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, constituyendo el fundamento del ordenamiento jurídico colombiano.

En Colombia, el artículo 94 de la Constitución establece una especie de "cláusula general" de consagración de derechos al establecer que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Esta cláusula general de consagración de derechos no es ajena al derecho comparado ni al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la Constitución Americana, dispone en la Novena Enmienda que la enumeración constitucional de ciertos derechos no debe ser utilizada para desconocer o negar otros derechos retenidos por el pueblo. Con base en esta disposición la jurisprudencia americana ha reconocido derechos como la intimidad o la privacidad, o el derecho al voto, en tanto derechos que se derivan de los contemplados explícitamente en enmiendas anteriores²⁷⁰.

Sobre el origen del artículo 94 se le preguntó al magistrado auxiliar de la Corte Constitucional Gonzalo Ramírez Cleves ¿qué otros ordenamientos jurídicos también acogen esta cláusula general de la novena enmienda y la protección de los derechos humanos inherentes a la dignidad humana?, y dijo que:

Esta cláusula, que se utiliza principalmente en Alemania, por la idea Kantiana sobre lo que significa la dignidad: que ningún ser humano puede ser utilizado como medio, sino que siempre es un fin en sí mismo, es una cláusula de apertura para proteger esos derechos, siempre que puedan ser vulnerados, y aunque no estén expresamente consagrados. Sin embargo, esto ya había sido una polémica: enumeración o no de los derechos fundamentales, fue un gran debate que se dio al inicio del constitucionalismo moderno en los Estados Unidos, en donde claramente en "*El federalista*" se establecieron dos posiciones: por un lado, unos opinaban que no era bueno hacer una enumeración de los derechos fundamentales, porque si se enumeraban, otros derechos podrían estar en peligro en una situación no pensada, y al no estar enumerada, podría ser una situación violatoria de los derechos de la idea de dignidad. Y los otros, consideraban la enumeración era necesaria, para poder reconocerlos, y porque al positivizarlos, la forma jurídica, les daría identidad, lo cual simboliza una protección directa del derecho, para los últimos, era mejor, positivizarlos, que no"

²⁷⁰ Entrevista personal: Ex Magistrado Gonzalo Ramírez Cleves, octubre 29 de 2014.

En resumidas cuentas, para Ramírez Cleves en Estados Unidos se da la garantía del derecho fundamental al positivizarlo. En efecto, en 1787, la Constitución norteamericana no tiene derechos fundamentales. No porque no sea simplemente una coincidencia, sino que tiene toda esta aplicación histórica de un posicionamiento en contra de establecer una enumeración taxativa. En 1791 se dan las primeras diez (10) enmiendas (porque lógicamente vence la otra posición), en donde se dice que sí es necesario enumerar.

En la contemporaneidad, Alemania ha establecido el principio de dignidad con una cláusula de apertura de los derechos humanos. En Colombia, también esta consagrada esta cláusula en el referido artículo 94, pero habría que analizar si esta cláusula de apertura también existe o no en el constitucionalismo español e italiano, los cuales se tomaron como referencia para realizar la Constitución de 1991²⁷¹.

A nivel latinoamericano, para citar algunos ejemplos, esta cláusula se encuentra consagrada en las Constituciones de Argentina (Art. 33), Paraguay (Art. 45) y Perú (Art. 3.0). Así mismo los diferentes tratados internacionales de derechos humanos contemplan normas similares para garantizar la protección de los derechos con independencia de su consagración explícita²⁷².

De este modo, a partir del reconocimiento de la dignidad humana como principio fundante del Estado colombiano (Art. 1. C. P), la jurisprudencia constitucional ha definido la dignidad como derecho fundamental. La Corte ha sostenido que la dignidad equivale al derecho de toda persona "*a un trato especial por el hecho de ser tal*", esto es, a "*exigir de los demás un trato acorde con su condición humana*", por lo cual se erige como derecho fundamental de eficacia directa²⁷³ que implica obligaciones de hacer y de no hacer.

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Ver el Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁷³ Para la Corte, el derecho a la vida no sólo hace relación a una vida biológica, sino también se refiere a las condiciones mínimas de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Más recientemente, en su sentencia T-881 de 2002, la Corte efectuó un análisis sobre los diferentes enunciados normativos constitucionales de la dignidad humana (Arts. 1 12, 13, 16, 25, 42 y 51), y luego de recoger las diferentes líneas jurisprudenciales sobre la dignidad, expresó que la dignidad puede ser entendida de dos maneras: *a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa*.

Desde el punto de vista del *objeto concreto de protección* de la “dignidad humana”, se pueden identificar tres lineamientos claros y diferenciables a lo largo de la jurisprudencia constitucional: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características “*vivir como quiera*”. (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia “*vivir bien*”. Por último (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral “*vivir sin humillaciones*”²⁷⁴.

En otras palabras, la Corte afirma que la dignidad se trata de un derecho fundamental autónomo, cuyos titulares son las personas naturales, su mecanismo de protección es la acción de tutela, pero su objeto de protección es tripartito: (i) La autonomía individual; (ii) Las condiciones materiales de vida, y (iii) La integridad física y moral que permitan la inclusión social.

De otro lado, al tener como punto de vista la *funcionalidad del enunciado normativo* “dignidad humana”, la Corte ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado y en este sentido la dignidad como “*valor*”. (ii) La dignidad humana entendida como “*principio constitucional*”. Y (iii) la dignidad humana entendida como “*derecho fundamental autónomo*”. En todo caso, valga resaltar que para la Corte Constitucional la dignidad humana es el “*único valor absoluto*” que se existe en el ordenamiento jurídico colombiano. Sobre estos seis aspectos, la Corte Constitucional, ha expresado que:

No representan de manera alguna una postura definitiva y restringida del objeto protegido, del mandato de acción, de las razones normativas o de la configuración de los límites, en que

²⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-881 del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

el enunciado normativo de la "dignidad humana" se concreta. En este sentido no importará para efectos de la validez-existencia de la norma jurídica implícita en el enunciado normativo "dignidad humana", que la misma se exprese como *derecho fundamental, como principio constitucional o como valor*; y en el mismo sentido, que aparezca como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes...²⁷⁵.

Todo lo anterior, muestra cómo la Constitución de Colombia, al igual que otras constituciones modernas, se preocupa por ir concretando, a través de aproximaciones sucesivas, una mayor humanización de la sociedad y una mayor personalización de los individuos, en el marco del Estado de derecho constitucional, lo cual forma parte de las bases esenciales del sistema jurídico colombiano. Pero la Corte aún no ha podido establecer un criterio preciso y concreto para identificar plenamente cuáles son los derechos fundamentales, lo cual también fue manifestado por la misma corporación en la sentencia T 406 de 1992 cuando expresó:

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa²⁷⁶.

Pero, no todos los derechos fundamentales han sido objeto de reconocimiento expreso por parte del constituyente colombiano, pues tal como lo reconoce el artículo 94 de nuestra Carta de derechos, existen otros derechos que sin estar enunciados expresamente en la Constitución Nacional o en los tratados internacionales, adquieren la categoría de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, una definición sintética del concepto de derecho fundamental, según la Corte Constitucional es la siguiente: "*son los derechos inherentes a la persona humana*". En consecuencia, la forma significativa en la que la Corte Constitucional de Colombia ha *repensado* y ha *re-creado* el concepto de derecho fundamental, hace de

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

nuestros derechos fundamentales un derecho básicamente pretoriano, un auténtico *ius praetorium*. En efecto, para Chinchilla:

La Corte Constitucional ha ensayado un *modus operandi* similar al utilizado por los magistrados romanos en cuyo edicto pretoriano hacían públicas las reglas de derecho que seguiría –él y otros jueces– en las causas de que conocerá durante su período. El tono afirmativo y consagratorio como nuestro supremo juez constitucional deja expuestos los criterios en que fundamenta sus fallos y el evidente propósito de canonizar tales pautas como doctrina oficial vinculante, se asemeja mucho al edicto pretoriano...²⁷⁷.

Lo anterior, es evidente la sentencia T-760 de 2008²⁷⁸ sobre el derecho a la salud, quien ignore esta sentencia, –en la cual existen reglas sobre prestaciones médicas, quirúrgicas y farmacéuticas que la hacen merecedora de haber sido calificada como la mejor sentencia del 2008–, sencillamente desconoce el contenido esencial judicialmente exigible del derecho a la salud y a la seguridad social en salud en Colombia²⁷⁹.

Además, hoy contamos con un cuerpo de *doctrina constitucional*, surgido de la abundante y diversificada producción jurisprudencial²⁸⁰. Este *corpus* sobre el concepto y contenido de los derechos fundamentales ha venido ajustándose paulatinamente hasta configurar verdaderas líneas jurisprudenciales irreversibles, con solidez suficiente para resistir incluso los intentos de contrarreforma constitucional.²⁸¹

Gracias a la reiteración de precedentes esa *doctrina constitucional* ha ganado fuerza vinculante casi plena para todos los operadores jurídicos del sistema normativo. Las sentencias de la Corte Constitucional en su parte resolutive y en los fundamentos

²⁷⁷ CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., p. 149.

²⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Dr: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷⁹ Hoy puede hablarse de un segundo sistema de salud, construido judicialmente y paralelo al legal y reglamentario.

²⁸⁰ En la jerga técnica del derecho constitucional colombiano se denomina *doctrina constitucional* a las pautas trazadas por la Corte Constitucional cuando ella, actuando como supremo intérprete de la Constitución, sustenta sus decisiones, especialmente de revisión de tutela (sentencias T- y SU-) en materia de derechos fundamentales. Denominación que se reitera en las Sentencias T-842 de 2001, T-133 de 2006, T-152 de 2006, T-292 de 2006 y T-418 de 2006, apartado II.4.). También se puede extender el campo semántico de la expresión *doctrina constitucional* a la interpretación que la Corte Constitucional da a los preceptos constitucionales cuando ellos son aplicados directamente por el juez a falta de ley o al margen de ésta (sentencias integrativas, según las Sentencias C-083 de 1995 y T-292 de 2006).

²⁸¹ El anteproyecto de Acto Legislativo preparado por el Ministerio del Interior en el mes de julio del año 2003 y que el Gobierno decidió a última hora no presentar al Congreso, despojaba a los derechos sociales, económicos y culturales del carácter de fundamentales y prohibía a los jueces “imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las leyes, ordenanzas o acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial.”

necesarios de la decisión son hoy fuente formal de derecho en cuanto generan pautas normativas generales –principios y reglas- cuya inobservancia constituye una *vía de hecho judicial o una causal de procedibilidad de tutela contra sentencias*²⁸².

La Sentencia T-292 de 2006 (apartado 23)²⁸³ lo ha expresado en los siguientes términos: “Con fundamento en estas precisiones, contenidas en la jurisprudencia constitucional y en la Ley 270 de 1996, -Ley estatutaria de la Administración de justicia-, puede concluirse que la *ratio decidendi* de los fallos de tutela -descrita y caracterizada en los mismos términos de aquella correspondiente a las providencias de constitucionalidad-, resulta vinculante para los jueces.”²⁸⁴ Parece ser esta la herramienta indispensable para asegurar certeza, coherencia y respuestas igualitarias en el amparo constitucional cotidiano de los derechos fundamentales.

Así, los cambios sustantivos o de matices acentuados que merecen resaltarse en la jurisprudencia colombiana, se refieren a los siguientes aspectos: a) el concepto de derechos fundamentales como categoría especial de derechos que el jurista debe aprender a manejar (muy diferentes de los derechos subjetivos civiles, laborales, administrativos, procesales, etc.); b) el discurso filosófico que fundamenta tales derechos; c) los criterios de identificación y reconocimiento de derechos fundamentales específicos; y d) el contenido esencial de algunos derechos fundamentales, especialmente los sociales prestacionales²⁸⁵.

Se concluye entonces, que en nuestro país los derechos fundamentales no son solo los que aparecen en el título II, capítulo 1 denominado: “*De los derechos fundamentales*”, sino que, la Corte Constitucional de Colombia recurre a estrategias

²⁸² Específicamente, a partir de la Sentencia SU-640 de 1998 la Corte Constitucional no ha vacilado en reiterar y hacer efectivo el valor normativo de su *doctrina* y la fuerza vinculante del *precedente vertical*. Y el desconocimiento del precedente constitucional vertical ha sido calificado como causal de procedibilidad de la tutela contra sentencias en las sentencias T-200 de 2004, T-949 de 2008 y T-1276 de 2008.

²⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁸⁴ La jurisprudencia de la “tercera Corte” mantuvo invariable tan radical criterio en las Sentencias T-569 de 2001, T-842 de 2001, SU-1023 de 2001, SU-1219 de 2001, T-203 de 2002, SU-388 de 2005, T-726 de 2005, C-590 de 2005 (fundamentos 20-26), T-1385 de 2005, T-292 de 2006, T-023 de 2007 y en el Auto A-204 de 2006.

²⁸⁵ *Ibíd.*

análogas para reconocer los derechos fundamentales²⁸⁶. Lo cual significa que para la Corte colombiana hay criterios principales y subsidiarios de interpretación. Acoge como *principales*: el que se trate de un derecho esencial de la persona y el reconocimiento expreso del Constituyente, tal como ocurre por ejemplo con el artículo 44 de la Carta que se refiere de manera expresa a los derechos de los niños como derechos fundamentales²⁸⁷. También acoge como *criterios auxiliares* (los cuáles no bastan por sí solos): la inclusión del derecho en tratados internacionales, que se trate de un derecho de aplicación inmediata; que posea un "plus" para su modificación (se refiere a los que requieren de referendo para ser reformados) y por último la ubicación y denominación.

De igual manera, para que un determinado derecho sea tenido como fundamental la Corte Constitucional colombiana considera que debe reunir tres *requisitos*: conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial, también conocido como núcleo básico del derecho²⁸⁸.

Chinchilla Herrera, sintetizando la jurisprudencia de la Corte de Colombia sobre este tema, expresa que:

Los derechos fundamentales se determinan por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, por su significación misma para la realización de los valores y principios consagrados en ella, por poseer ciertas posibilidades técnicas como la eficacia directa y el núcleo esencial, además, por la conexión que tengan en el caso concreto con otros derechos fundamentales expresamente consagrados como fundamentales o que lo sean por su conexidad directa con la dignidad humana...²⁸⁹.

En consecuencia, aunque algunos derechos no aparecen consagrados expresamente como fundamentales en la Constitución Política de Colombia, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos,

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T- 778 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

²⁸⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 44: *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.* (cursivas mías).

²⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 406 de 1992, Op. Cit.

²⁸⁹ CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., pp. 138 y ss.

estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección²⁹⁰. Es más, en algunas ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial.

En tal sentido, un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analizan a priori, en abstracto, sin entrar a considerar la relación que tienen con los hechos.

Por lo anterior, para la Corte Constitucional el *criterio de la conexidad* le permite al juez tutelar un derecho, aun cuando éste no tenga, en principio, el carácter de derecho fundamental, como ocurre por ejemplo, cuándo un derecho social o colectivo, se halla íntimamente ligado a un derecho catalogado como fundamental, de manera tal que si no se protege a aquél, se pone en serio peligro a éste.

En la sentencia T-571 de 1992, la misma corporación explicó el alcance y modus operandi del criterio de conexidad, así:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida²⁹¹.

Con la ayuda de la *conexidad*, en la mencionada Sentencia T-760 de 2008, la Corte pudo tutelar el derecho a la salud y a la salubridad pública —no obstante ser un derecho prestacional, el primero y colectivo, el segundo— en favor de algunos habitantes de barrios populares de Cartagena de Indias afectados por las aguas negras de un alcantarillado público inconcluso, para lo cual se dio la orden de concluir la obra en un

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992. M.P: Jaime Sanin Griffenstein.

plazo razonable de cuatro (4) meses²⁹². Sobre este criterio, en entrevista personal, el magistrado auxiliar, Aquiles Arrieta Gómez, expresó:

...para la Corte Constitucional el *criterio de la conexidad* le permite al juez tutelar un derecho, aun cuando éste no tenga, en principio, el carácter de derecho fundamental, como ocurre por ejemplo con el derecho a la seguridad social, es fundamental en aquellos aspectos en que es esencial al ser humano y a su dignidad, ámbitos de protección que, por ejemplo, el criterio de conexidad ayuda a identificar...²⁹³

Lo cierto es que el criterio de *conexidad* da lugar a una nueva fundamentalidad que permite a ciertos derechos, que en principio no ostentan la calidad de fundamentales, por no reunir los demás criterios (no ser inherentes al ser humano, no ser derivación directa y necesaria de la dignidad, la libertad o la igualdad básica, no haber sido señalados como tales en el texto constitucional, no tener eficacia directa ni contenido esencial definido), pueden llegar a ser tutelados como si fuesen fundamentales, dada su estrecha e inescindible relación con un derecho que sí lo es, por cuanto llena con creces los anotados criterios de fundamentalidad originaria.

En la actualidad la Corte sigue empleando con frecuencia este criterio, sobre todo para amparar los derechos a la salud (tratamientos no incluidos en el POS: T-101 de 2006, T-152 de 2006 y T-026 de 2007), seguridad social (T-638 de 2005 y T 004 de 2007), seguridad social pensional (T-638 de 2005 y T 004 de 2007), pago de salarios y prestaciones (T-010 de 2007), vivienda (T-040 de 2007), deporte y recreación (T-449 de

²⁹² A partir de la sentencia T-760 de 2008 la Corte reitera que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, pero dice que no es absoluto, por eso la Corte lo ha protegido por tres vías: La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. Estableciéndolo así como derecho fundamental, planteado ampliamente en esta jurisprudencia y en diversas oportunidades en el precedente constitucional, por otro lado también se aborda el sistema de seguridad social en salud, los derechos y la financiación de los servicios de los afiliados al sistema de salud. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008, Op. Cit.

²⁹³ ENTREVISTA con Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, magistrado auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

2003), propiedad (T 1321 de 2005), y libertad económica (SU-2167 de 1999 y T-468 de 2003)²⁹⁴.

Para la correcta apreciación de la conexidad en el caso concreto, la Corte Constitucional estima válido remitirse a un subcriterio denominado criterio de “*realidad social*”, que invita a tomar en cuenta la situación real de un grupo social o sector de población a la que pertenece el sujeto afectado, esto con el fin de valorar el virtual peligro en que puede hallarse el derecho fundamental de una persona perteneciente a ese sector social (criterio muy relacionado con el postulado del Estado social). Basándose en tal criterio, la Corte ha reconocido la naturaleza de fundamental al derecho a la seguridad social cuando se trata de ancianos, dada la particular situación de desprotección de esta población en la sociedad colombiana. Al tutelar el derecho a la seguridad de un anciano de 69 años en situación de grave penuria económica, la Corte consideró:

El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física, o el libre desarrollo de las personas de tercera edad²⁹⁵.

En suma, gracias al criterio de la *conexidad*, que es una verdadera innovación del derecho colombiano, cualquier juez en Colombia, puede por ejemplo, ordenar una cirugía estética, para corregir alguna señal desagradable en el rostro de una persona, cuyo trabajo le exige una apariencia física adecuada (v.gr., una vendedora de productos cosméticos). Y ello a pesar de que la jurisprudencia niega el derecho a cirugías estéticas como contenido esencial del derecho a la salud. Pero en este caso hipotético, la salud estética se conecta con el derecho al trabajo²⁹⁶.

1.2 Los nuevos derechos fundamentales en la Constitución de 1991

²⁹⁴ CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., p. 157.

²⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹⁶ Los jueces han venido ordenando la liposucción a personas con obesidad patológica.

Sin duda, la nueva Constitución Política presenta un amplio catálogo de derechos entre los artículos 11 al 77 del Título II. Estos son los derechos consagrados para la protección de las personas en Colombia y se puede decir que representa un importante avance en el constitucionalismo colombiano, pues en la anterior Constitución de 1886 no existía una consagración tan amplia de los derechos como la que existe actualmente.

De esta forma la Constitución Política de 1991 responde en gran medida a los postulados de lo que es el constitucionalismo contemporáneo, consagrando en su catálogo de derechos los que corresponden a los denominados derechos de primera, segunda y tercera generación o diferentes paradigmas de dignidad²⁹⁷, es decir, derechos civiles y políticos, derechos sociales y económicos y derechos colectivos. De otro lado, es de suma importancia resaltar que en Colombia al no existir un artículo en el cual se consagre una lista taxativa de derechos fundamentales, como ocurre por ejemplo en España, o en Alemania, en los términos del artículo 94²⁹⁸ constitucional, se deja abierta una puerta, para que todo derecho relacionado con la dignidad humana pueda tener el tratamiento de derecho fundamental²⁹⁹.

Al respecto cabe recordar que una de las mayores polémicas que se presentó en la Asamblea Nacional Constituyente de la Constitución de 1991, fue el debate para determinar *cuáles* son los derechos que en nuestro ordenamiento constitucional serían fundamentales y por consiguiente estarían amparados por la acción de tutela.

Se presentaron dos tesis, una tesis restrictiva, según la cual solo los derechos expresamente bautizados como “derechos fundamentales”, e incluidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución (del Art. 11 al 40) serían dignos de merecer el tratamiento de los derechos fundamentales. Esta tesis fue matizada con la aclaración de que los derechos fundamentales no podían ser otros que aquellos derechos de “*primera generación*” o derechos individuales de libertad, y más explícitamente los incluidos en

²⁹⁷ En esta materia ver la propuesta de Angelo Papachini en "Los derechos humanos un desafío a la violencia". Bogotá: Altamira ediciones. 1997.

²⁹⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 94: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

²⁹⁹ “CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992, Op. Cit. p. 19.

el Art. 85 C.P., como derechos de “*aplicación inmediata*”³⁰⁰. Mientras tanto, contra esta tesis, otros delegatarios, afirmaron que en Colombia no podía haber una lista taxativa de derechos fundamentales³⁰¹.

En efecto, sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias, porque casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Pero, en plenaria del 29 de junio de 1991 se llegó a la conclusión de que en Colombia no es posible un catálogo taxativo de derechos fundamentales, sino que existe apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación sistemática de la Carta de 1991. En todo caso, se determinó en aquella ocasión, que será el juez de tutela quién determine en cada caso concreto, si un derecho es fundamental o no. En este sentido, el Constituyente Juan Carlos Esguerra, al hacer su presentación sobre el mecanismo de la tutela para defender los derechos fundamentales expresó: "La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional...".

En este orden de ideas, en Colombia, en contraste con Alemania y España, al no existir una lista taxativa de derechos fundamentales, éstos se identifican mediante unos cuatro o cinco criterios a saber: Como *criterios principales* de reconocimiento la jurisprudencia enumero: a) la íntima conexión con los valores axiales, siendo la dignidad de la persona humana el más importante, por ser el fundante de todo el orden constitucional, pero al lado de la dignidad humana incluyó el trabajo, el conocimiento, la libertad, la justicia; b) la expresa mención por el texto fundamental, como ocurre con los derechos de los niños en el Art. 44. Como *criterios auxiliares* la Corte mencionó la aplicabilidad inmediata (Art. 85 C.P.) y el contenido esencial. Y como *criterio adicional* a los anteriores, como se dijo antes, la Corte canonizó el criterio de conexidad del

³⁰⁰ Bajo esta postura no es posible amparar mediante la acción de tutela derechos sociales, económicos y culturales (Capítulo 2 del Título II), verbigracia: la educación, la salud, la seguridad social, etc., ni mucho menos, derechos colectivos tales como: el medio ambiente sano, el espacio público (Capítulo 3 del Título II).

³⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-406 de 1992, Op. Cit. p. 19.

derecho no fundamental (derecho social o derecho colectivo) con un derecho que sí es fundamental en sí mismo³⁰².

Al respecto, se le preguntó al exmagistrado de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao, su opinión sobre la necesidad de identificar o no los derechos fundamentales en una lista taxativa, es decir, de positivizarlos, como ocurre con otros países, como España y Alemania, y dijo:

La jurisprudencia constitucional colombiana ha dicho que no hay lista taxativa de derechos constitucionales fundamentales, y se habla de libertad de interpretarlos y catalogarlos vía jurisprudencial. Eso depende de la postura que usted tenga frente a la función del juez. O tiene una postura donde confía en lo que el juez pueda hacer, con todos los riesgos que eso pueda tener, o haría una proyección a que haya una ley que restrinja la lista y que la vuelva taxativa; pero en Colombia la lista no es taxativa, ni en la Constitución ni en las leyes...³⁰³

En mi opinión este a sido una de los mayores logros de la Corte Constitucional colombiana, pues gracias a su permanente activismo judicial ha amparado mediante acción de tutela, varios derechos sociales, tales como: la educación, la salud, el trabajo, la seguridad social, la propiedad e incluso la vivienda, unas veces como derechos fundamentales en sí mismos, como en el caso de niños y otras, como derechos fundamentalizados por conexidad con los derechos individuales de libertad. Incluso se ha llegado a proteger derechos colectivos tales como el derecho al medio ambiente, el derecho a la paz, salubridad pública, mediante el criterio de la conexidad.

Luego, la misma Corte Constitucional fue ampliando esos criterios a través de argumentaciones axiológicas como la de la Sentencia T-036 de 1995³⁰⁴ en la que se tutela el derecho a la dignidad humana como *derecho fundamental en sí mismo*, y no como valor o principio del cual se derivan tales derechos, como se dijo en la sentencia T-881 de 2002³⁰⁵.

³⁰² Esta concepción, no exenta de críticas, fue reiterada a partir de las Sentencias T-002 de 1992, y especialmente expuesta en la T-406 de 1992 y T-426 de 1992.

³⁰³ ENTREVISTA con Juan Carlos Henao Pérez, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 29 de octubre de 2014.

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-036 del 8 de febrero de 1995. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-881 del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

A partir de 1998 la jurisprudencia constitucional fue ampliando esos derechos fundamentales con el “derecho al mínimo vital” como parte del derecho a una vida digna (Sentencia SU-62 de 1998). De hecho, la Corte Constitucional ha identificado, de manera consistente, tres derechos fundamentales *innominados* a partir del artículo 94 de la Constitución: *la dignidad humana, el mínimo vital y la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios*³⁰⁶.

En efecto, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, ha tratado de precisar cuáles son los derechos fundamentales, sin embargo, ha estado lejos de alcanzar su propósito, y no ha llegado a una identificación precisa de los derechos fundamentales. Suyas fueron estas palabras:

La determinación de los derechos fundamentales debe ganar en precisión y concreción. Una interpretación imprecisa o difusa, en cambio, produce inseguridad jurídica y puede conducir al caos jurídico. Como se indicó antes, dentro de esta categoría se incluyen no solo los que aparecen dentro del título II capítulo 1: “de los derechos fundamentales” de la Constitución, sino aquellos que surgen de los tratados internacionales según los artículo 94 de la Constitución Política, y otros que reconozca la Corte, porque corresponden al ser humano como tal. De ahí que se les reconozca una dignidad —la dignidad humana— que lo colocan en situación superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. Son los derechos fundamentales³⁰⁷.

Como nuevos derechos fundamentales de reconocimiento jurisprudencial, y producto de la labor pretoriana de la Corte Constitucional se destacan, entre otros: el derecho a la “paz familiar” (sentencia T-789 de 2001), al agua potable (sentencias T-410 de 2003 y T-270 de 2007), los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de delitos en general y del conflicto armado en especial (sentencias SU-1184 de 2001, T-249 de 2003, T-558 de 2003 y C-370 de 2006), los derechos “sexuales y reproductivos”

³⁰⁶ Sobre los derechos innominados es posible extraer las siguientes conclusiones: a) Se trata de derechos absolutamente básicos para garantizar las mínimas condiciones de respeto al derecho a la vida y como tales “inherentes a la persona humana” en el sentido del artículo 94 de la Constitución; b) Los tres, al igual que los otros derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional tienen un contenido prestacional que en ocasiones debe ser satisfecho de manera inmediata para garantizar unas mínimas condiciones de vida; c) En general su vulneración implica la violación de múltiples derechos fundamentales contemplados en la Constitución, que demandan una protección inmediata, d) Las personas a quienes se tutelan estos derechos, son por lo general sujetos de especial protección constitucional, en virtud del derecho a la igualdad (Art. 13) por su situación de debilidad manifiesta o por tratarse de grupos sociales tradicionalmente discriminados o marginados.

³⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-308 del 4 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(sentencia T-143 DE 2005), entre otros³⁰⁸. También la Corte ha reconocido derechos inéditos tales como el derecho “a la reubicación y a la estabilización socioeconómica”, de las víctimas del desplazamiento forzado (Sentencia T-704-A de 2007).

Resaltando el gran activismo de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la protección de derechos fundamentales, el exmagistrado de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao, opina que:

Yo creo que Colombia puede ser un ejemplo en términos de derecho comparado, porque sin ceñirse taxativamente a la lista que hay de declaraciones internacionales sobre derechos y libertades fundamentales, ha ampliado su protección a unos campos que tienen mucha lógica y mucha coherencia que no pueden quedar en manos del presidente, ni siquiera en una conmoción interior. por ejemplo, *el derecho al olvido*. Supóngase usted que por vía de conmoción interior, un Presidente pudiera sacar toda una regulación en donde se permitiera publicar en internet noticias de las cuales usted ya pagó penas o condenas. Yo pienso que ni siquiera se podría hacer eso por decreto de conmoción interior...³⁰⁹

1.3 Sobre la protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y los nuevos derechos

Como se dijo antes, los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) suelen ser llamados “derechos de la segunda generación” en razón de su posterior reconocimiento luego de la segunda guerra mundial. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es mucho más completa y casi imperativa, en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, que frente a los derechos sociales. En ella, además, de enunciados más o menos generales en los artículos 22 y 25 sobre los DESC, solamente aparece cierto desarrollo respecto del derecho al trabajo -y su derivado, el derecho al descanso- y a la educación (artículos 23, 24 y 26), que en el fondo recogen la evolución desde el Tratado de Versalles y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919.

³⁰⁸ Sobre derechos de las víctimas, en la Sentencia SU-1184 de 2001 se unificó la siguiente doctrina: “las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozca el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia....De ahí a que ostenten la calidad de sujetos procesales”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁰⁹ ENTREVISTA con Juan Carlos Henao Pérez, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 29 de octubre de 2014.

Es sabido por todos, que en el sistema universal, el distinto desarrollo histórico culminó en que no fuese posible aprobar un solo texto convencional de derechos humanos —como había sido la idea primitiva— por lo que se suscribieron dos documentos en 1966, estos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Mientras tanto, en el Sistema Interamericano, el desarrollo de los derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, es mucho más armonioso. La *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en el mes de abril de 1948, es un auténtico Código del Trabajo destinado a "amparar a los trabajadores de toda clase" la cual junto con la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, contienen importantes contribuciones que lamentablemente fueron postergadas en la *CADH* de 1969.

En efecto, la Convención Americana solo contiene una escasa referencia a los DESC bajo un título que solo se refiere a una de sus características: "Desarrollo progresivo". No obstante, 20 años más tarde, se aprobó un texto convencional sobre los DESC, adoptado en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, por la Asamblea General, bajo el título de *Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, o "*Protocolo de San Salvador*"³¹⁰.

Conforme a lo anterior, el *Protocolo de San Salvador*, es un instrumento del sistema regional interamericano, vinculante para Colombia en el que se reconocen una serie de derechos económicos, sociales y culturales, cuyo desarrollo progresivo está obligado a garantizar el Estado colombiano, de acuerdo con los recursos de los cuales dispone. Por ello y de conformidad con el *principio de progresividad*, por tratarse de derechos que se consideran de contenido eminentemente prestacional, como la educación, la salud, la alimentación y la vivienda adecuadas, dicho instrumento le impone al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena

³¹⁰ El Protocolo de San Salvador fue adoptado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996, declarada exequible en sentencia C-251 de 1997 y ratificado el 23 de diciembre de 1997.

efectividad de los derechos que reconoce (Art. 1). Estas medidas pueden ser de orden interno o internacional, mediante la cooperación entre Estados.

Los derechos reconocidos en el *Protocolo de San Salvador* son: el derecho al trabajo (artículo 6) en condiciones “dignas, equitativas y satisfactorias” (artículo 7); los derechos sindicales (artículo 8); el derecho a la seguridad social (artículo 9); el derecho a la salud (artículo 10); el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11); el derecho a la alimentación (artículo 12); el derecho a la educación (artículo 13); el derecho a la cultura (artículo 14); los derechos de la familia (artículo 15); los derechos de la niñez (artículo 16); el derecho de los ancianos a recibir protección (artículo 17) y el derecho de los minusválidos a ser protegidos (artículo 18).

En su artículo 19 establece los medios de protección para asegurar el respeto de los derechos que consagra. De acuerdo con este artículo, los Estados parte deben presentar Informes periódicos a la Asamblea General de la OEA, en los que deben indicar las medidas progresivas que han adoptado para garantizar los derechos reconocidos en el *Protocolo*. Estos Informes son enviados al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, quienes deben examinarlos, para presentar un Informe anual a la Asamblea General de la OEA.

No obstante, es necesario aclarar, que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, es el organismo encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), desde el punto de su desarrollo y cumplimiento progresivo como se verá más adelante.

De otro lado, de manera general, le corresponde a la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* vigilar el cumplimiento del *Protocolo*. En desarrollo de esta función, puede emitir Informes generales e Informes especiales por países (artículo 19.7). Adicionalmente, el Protocolo autoriza a la Comisión y a la Corte Interamericana para conocer de casos individuales por violación del derecho a la educación (artículo 13) y de los derechos sindicales (artículo 8.1). En consecuencia, la Comisión puede recibir peticiones individuales y adelantar un proceso que puede llegar ante la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹¹.

En los últimos 20 años en América latina se ha desarrollado un mayor acceso al servicio a la salud, un poco menos sobre el derecho a la educación, y algunos derechos bastante huérfanos que serían vivienda, alimentación, derecho al agua, los derechos culturales. El panorama generado con el contenido de los derechos es impar, no uniforme, en los distintos Estados y la protección es diferente.

Hoy el derecho al trabajo representa un gran desafío teórico, en el contexto temático, hay una sola tradición vinculada con la reivindicación de los derechos laborales individuales y colectivos. El derecho a la vivienda, y a la alimentación también generan otros interrogantes desde el punto de vista de su contenido.

La pregunta que surge sería ¿cuál es el grado de exigibilidad de los DESC, si en el ámbito internacional algunos instrumentos, y gran parte de la doctrina internacional en la actualidad acogen la tesis de que deben tener el mismo grado de protección que los derechos humanos?.

En Colombia los DESC se encuentran consagrados en el Título II Capítulo II: Arts. 42 a 77. Dichos derechos no implican que el Estado simplemente no intervenga en la vida de los ciudadanos como sucede con los derechos de la primera generación, por el contrario, solo tienen efectividad en tanto el Estado asuma cargas u obligaciones. El ciudadano queda así situado como un acreedor de ciertos bienes y servicios que debe garantizarle el aparato estatal, principalmente a través del ejercicio de la función administrativa, la cual se define en un modelo de Estado Social de Derecho por la tarea esencial que cumple: “*prestar servicios públicos*”.

Debe destacarse además, que la incorporación del modelo “*Estado social*” produjo un cambio sustancial no solo en la arquitectura, sino en la misma percepción de la Constitución. Se enriquecieron los clásicos catálogos de las libertades, propios de la tradición de los siglos XVIII y XIX, mediante la incorporación de los derechos sociales,

³¹¹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. [En línea]. <Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/tratadosB-32ConvencionAmericanasobreDerechosHumanos.htm>>. [Consulta: 30 May., 2012].

tales como: el derecho al trabajo, incluido el derecho a unas condiciones de trabajo justas y favorables y los derechos sindicales, el derecho a la salud, el derecho a la educación y los derechos relativos a la cultura y a la ciencia. Valga resaltar que éstos *"confieren al hombre no el poder de elegir, sino el poder de exigir"*.

Lo que caracteriza los derechos sociales -diferenciándolos de los derechos de la libertad, es que no se traducen en la imposición de una conducta negativa o, en otros términos, en una abstención, sino que se configuran como derechos a una prestación, requiriendo en consecuencia, para su realización, de una intervención positiva, que en general, es impuesta al Estado. Piénsese -v.gr.- en las intervenciones necesarias para garantizar el derecho a la educación según el artículo 67 de la Constitución Política: *"(...) será obligatoria y gratuita entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo, un año de prescolar y nueve de educación básica (...)"*.

En efecto, para el caso colombiano la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con su formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos³¹².

Lo dicho está de acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso³¹³. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados. De esta manera se logra —parafraseando a Herbert Kruger— que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales solo valgan en el ámbito de la ley³¹⁴.

³¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992, Op. Cit.

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ En efecto, para el caso colombiano la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con su formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T 406 de 1992. Op. Cit.

Para resaltar la necesaria protección de los DESC por parte de las autoridades estatales, en la sentencia T-406 de 1992 la Corte Constitucional, dijo:

...ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos-prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución de 1991, el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional...³¹⁵.

En cuanto al *núcleo esencial de los derechos fundamentales sociales* la Corte ha superado la inicial dificultad del carácter programático de tales derechos, recurriendo para ello a la fundamentalización de ciertos contenidos prestacionales que los concretan: ya sea por que tales contenidos se encuentran hoy incorporados en una norma general - legal o reglamentaria- vigente y en esa medida han adquirido la forma de derechos subjetivos específicos, o bien, porque a ellos conduce un razonamiento axiológico de cara a nuestro contexto social³¹⁶. Ejemplo del primer supuesto es la fundamentalización del derecho a recibir tratamientos médicos incluidos en los planes obligatorios de salud (plan obligatorio y plan subsidiado) mediante decisión administrativa³¹⁷. Ejemplo del segundo es la fundamentalización del acceso al “*más alto nivel*” de tratamientos médicos a nuestro alcance, como contenido derivado del derecho a una vida digna³¹⁸.

Sobre la protección de los derechos económicos sociales la magistrada auxiliar Gloria Patricia Lopera Mesa, en entrevista personal opina que:

...hay que ofrecer algunas categorías para conocer los distintos aspectos, y componentes de los derechos sociales, ¿qué puedo pedir en un caso concreto?. Si la petición que se hace en

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., p. 124.

³¹⁷ Tal línea comienza a abrirse paso en la sentencia SU-819 de 1999 y se consolida en las sentencias T-859 de 2003, T-860 de 2003, T-538 de 2004, T-1076 de 2004, T-219 de 2005, T-962 de 2005, T-025 de 2006, T-572 de 2006 y T-110 de 2007 entre otras.

³¹⁸ Para dignificar la vida de ciertos grupos de población en situación de “especial sujeción” (verbigracia, los reclusos) la sentencia T-133 de 2006 ordena, entre otras prestaciones de salud, la provisión de gafas o prótesis dentales.

una tutela, es razonable, la decisión del juez debe ser de igual manera razonable. Por ejemplo, si hay un tratamiento experimental para x dolor, o enfermedad, y a ciencia cierta, se desconocen correspondientes efectos colaterales, pero el usuario solicita que se le sea otorgado el tratamiento. El juez de tutela dice que no por efectos colaterales, y luego la Corte Constitucional dice que si para proteger la salud de la persona. Y si además objetivamente el auditor sugiere que no se debe administrar el tratamiento, porque en últimas se podría poner en riesgo la vida del accionante. La pregunta sería ¿qué es lo razonable?. Dar o no el tratamiento. Para la EPS es razonable no dárselo, porque existe un riesgo, pero desde el punto de vista del usuario es razonable que le den el tratamiento, a sabiendas del riesgo que existe ¿cómo medimos lo razonable, en materia de derechos económicos?³¹⁹.

Conforme a lo anterior, no queda duda de que los DESC y los derechos colectivos al ser derechos constitucionales y buscar la protección de algún valor de orden constitucional, en “*algunos ámbitos de su contenido*”, también deben ser tratados como derechos fundamentales, y tener la misma posibilidad de estar amparados por la acción de tutela. Además tratándose de los estados de excepción, tampoco podrían ser suspendidos. En efecto, según el artículo 215 de la Constitución: “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”.

2. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y EL DERECHO COMPARADO

2.1 Una aproximación general al concepto del bloque de constitucionalidad

El concepto de “*bloque de constitucionalidad*” tiene su origen en el Derecho francés, por lo que a continuación se hará una breve descripción de cómo surgió esta figura y qué implicaciones tiene en ese ordenamiento, para tener más elementos de juicio al momento de determinar cuáles son las coincidencias o cuáles las particularidades que dicha figura adquiere en el Sistema Europeo y en Colombia³²⁰.

³¹⁹ ENTREVISTA con Gloria Patricia Lopera Mesa, magistrada auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 22 de septiembre de 2014.

³²⁰ El profesor FAVOREU, a propósito precisamente del “*bloque de constitucionalidad*” ha señalado que “la dificultad del Derecho comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una transposición de la misma expresión de un Derecho a otro...además explica que en Francia ha tenido una evolución hacia la

Para el tratadista colombiano Rodrigo Uprimny, el bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, lo cual es muy simple, pero al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita³²¹.

Para entender la idea del párrafo anterior, es necesario tener en cuenta que la propia Constitución es quien establece que esas normas tengan valor constitucional, por ejemplo, varias constituciones latinoamericanas expresamente establecen que ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. En otros eventos, la situación se torna más compleja, como sucede por ejemplo en Colombia (artículo 94 de la Constitución de 1991) y en Estados Unidos (novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos) donde existe una cláusula de los derechos innominados o no enumerados, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución y en la Carta de Derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado³²². Estos ejemplos evidencian claramente que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional.

En consecuencia, el bloque de constitucionalidad es un intento de sistematizar jurídicamente aquellas que normas que no son expresamente mencionadas por el articulado constitucional en su texto escrito, pero que tienen el rango de normas constitucionales, porque hacen parte de la Constitución en sentido material. Por ende, el

precisión y la certeza; a diferencia de lo que ha ocurrido en España, donde la alusión al "*bloque*" lleva cada vez a una mayor imprecisión y desorientación sobre las normas de referencia. Concluye diciendo que el juez constitucional francés ha logrado en menos de una veintena de años, lo que no se había podido alcanzar en dos siglos: "un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados" FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1991, vol. 5, pp. 45-68.

³²¹ ENTREVISTA con Rodrigo Uprimny Yepes, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 24 de septiembre de 2014.

³²² Muchas otras constituciones han seguido el ejemplo estadounidense y han incorporado también este tipo de cláusulas. Ver, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución de Brasil o el artículo 22 de la Constitución de Venezuela.

bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto, es por imperio de la propia Constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido³²³.

El anterior examen demuestra la importancia que puede tener una noción como el bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica, en la medida en que delimita y enriquece los debates ante la justicia constitucional, al poner en evidencia que una Constitución puede tener mayor densidad y extensión normativa de lo que sugiere una simple lectura literal de su articulado. Sin embargo, este concepto genera problemas, y no solo en Colombia, debido a que en muchas ocasiones no solo no existe coincidencia en la doctrina sobre el sentido de esta noción sino que, además, no es claro cuáles son las normas que integran ese bloque de constitucionalidad.

Por ello, según algunos autores, esta expresión suele no ser tanto la denominación de una categoría conceptual clara y definida sino el enunciado de un problema complejo, en la medida en que simplemente sirve para manifestar la perplejidad que tienen en ocasiones los operadores jurídicos al no saber con precisión cuáles son las normas que, en un determinado momento histórico, integran una Constitución, y que son entonces relevantes para decidir un asunto específico.

En determinados casos, esa ampliación de la Constitución, por la vía del bloque de constitucionalidad, ha producido resultados negativos para el progreso democrático, como sucedió con la doctrina del debido proceso sustantivo económico desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos a comienzos del Siglo XX, mientras que en otros eventos, como en la evolución del Consejo Constitucional francés, la aplicación de esta categoría ha sido muy exitosa. Dos factores parecen haber incidido en los resultados diferenciados en esos dos países: (i) el grado de aceptación social de los nuevos valores

³²³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un Análisis jurisprudencial y un Ensayo de sistematización doctrinal. *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Volumen I, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia*, 2001, pp. 97 y ss.

reconocidos por los jueces y (ii) el rigor jurídico con el cual los tribunales realizaron esa incorporación en el bloque de constitucionalidad³²⁴.

Así, en Francia, los derechos que el Consejo Constitucional determinó que hacían parte de la Constitución gozaban de amplia aprobación por la sociedad francesa; además, ese tribunal, a pesar de su osadía, ha sido muy cuidadoso en la fundamentación jurídica que sirvió de soporte al reconocimiento de nuevos derechos, pues no ha recurrido a vagas filosofías políticas sino que siempre se ha basado en textos jurídicos concretos, ha buscado siempre un soporte directo en el texto constitucional y ha intentado ser lo más consistente posible con sus precedentes. En cambio, la Corte Suprema de Estados Unidos, en la llamada época *Lochner*, no solo constitucionalizó un valor -como la libertad contractual- que era controvertido por grandes sectores de la población y por importantes fuerzas políticas, sino que, además, su fundamentación jurídica fue muy precaria ya que se basó en filosofías iusnaturalistas, que no tenían un soporte claro en la Constitución³²⁵.

Esto muestra que el manejo de un concepto como el bloque de constitucionalidad supone dosis importantes de creatividad jurídica pero también de responsabilidad por parte de los operadores jurídicos, y en especial por parte de los jueces. En efecto, el bloque de constitucionalidad permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia.

2.1.1 El bloque de constitucionalidad en el Derecho francés

La Constitución de 1958 (V República), inspirada en el Discurso de Bayeux pronunciado el 16 de junio de 1946 por Charles de Gaulle pretendió primordialmente lograr que los poderes Legislativo y Ejecutivo estuvieran efectivamente separados, pues

³²⁴ *Ibíd.*

³²⁵ *Ibíd.*

la confusión de esos poderes generó la parálisis de los gobiernos y la inestabilidad de éstos, y ello marcó indiscutiblemente la crisis de la IV República hasta llevarla a su fin³²⁶. El Presidente René Coty afirmaba en julio de 1957 que *"Francia es el país donde el Poder Ejecutivo es el más desarmado frente al Legislativo"*.

Por tal motivo, el Consejo Constitucional fue concebido originalmente como un órgano que, entre otras tareas, estaría encargado de velar porque se respetaran los respectivos ámbitos de competencia entre el Parlamento y el Gobierno -las materias que son dominio de la ley y las del reglamento, según los artículos 34, 37 y 41 de la Constitución-, y de manera especial, el Consejo Constitucional, según el espíritu que inspiró la nueva Constitución, tenía entonces a su cargo corregir las indebidas injerencias del Parlamento en el campo de acción propio del Gobierno. Sin embargo, con el pasar de los años, en la práctica se ha presentado un fenómeno inverso, pues el Consejo Constitucional, en términos generales, ha limitado al Ejecutivo en favor del Legislativo³²⁷

De esta manera el control de constitucionalidad, tal como fue concebido en su origen quedaba básicamente circunscrito a garantizar la estructura y funcionamiento del poder (parte orgánica), pues la Carta de 1958 tiene una muy modesta parte dogmática; solo el artículo 1 de la Constitución de la V República hace una referencia expresa al derecho a la igualdad y al respeto de todas las creencias. Y, por su parte, el artículo 34 establece que la ley fijará las reglas concernientes a los derechos cívicos y las garantías fundamentales de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas. Así pues, el Constituyente de 1958 defirió únicamente *a la ley la regulación de los derechos y libertades*. Y, es que debido a que la tarea de la realización y de la protección de los derechos y libertades fundamentales estuvo encomendada a la ley, aquéllos no eran oponibles a la sacralizada "expresión de la voluntad general"³²⁸, *por lo tanto, la "verdadera 'Constitución' jurídicamente operante no fue la Declaración, sino el Código Civil, no en vano llamado la 'Constitución de la burguesía' liberal"*.

³²⁶ La Constitución de la IV República sufrió múltiples intentos de reformas. De los 106 artículos que la componían, solo dos se salvaron de ser objeto de proposición de reforma: el artículo 26 sobre los "tratados diplomáticos", y el 95 que señalaba que la forma republicana del gobierno no podía ser objeto de una proposición de revisión.

³²⁷ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Op. Cit.

³²⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad*. Editorial Civitas, 1991. pp.10-11.

Ahora bien, la identificación de la Constitución con el principio de separación de poderes obedece a la marcada herencia jacobina, pues debe recordarse que el artículo 16 de la Declaración revolucionaria afirmaba que cualquier sociedad que no asegure la separación de poderes, no tiene Constitución"³²⁹. Y aunque también en este artículo se señalaba que tampoco se tendría Constitución si no se tenía una declaración de derechos individuales, lo cierto es que la garantía de los derechos que enuncia la Declaración de 1789 se hizo residir exclusivamente en la separación de poderes³³⁰.

Los derechos fueron deferidos a la ley, y en tanto ésta fue concebida como "expresión de la voluntad general", era intangible, sagrada -vox populi, vox Dei-. Ello degeneró en la "soberanía parlamentaria", pues la voluntad general se confundió con la voluntad del legislador. Desde esta concepción, la ley no podía ser objeto de juicio alguno, no se podía intentar ninguna acción contra el Legislador, ya que éste era en realidad la propia encarnación del poder soberano, y en esta medida se entendía que la ley era justa en tanto que era igual para todos (igualdad formal), y dado que había sido adoptada por la mayoría de los representantes del pueblo (soberanía); además porque, como lo señala Rousseau, nadie podía ser injusto contra sí mismo³³¹.

Bajo esta concepción de un legislador siempre justo e infalible, la Constitución se excluyó como referencia y marco de la actividad legislativa en el campo de los derechos. Al respecto bien valga recordar que uno de los redactores de la Constitución de 1958, el Comisario del Gobierno, Raymond Janot, estimó que ni la Declaración ni el Preámbulo tenían valor constitucional, porque *darles valor constitucional, supondría en gran medida una orientación hacia el gobierno de los jueces*". No obstante, la mayor referencia a los derechos de la Carta de 1958 se encuentra en su Preámbulo. Este prevé una remisión expresa a otros textos cuyo contenido es esencialmente dogmático. Dispone así el Preámbulo:

³²⁹ Sobre la interpretación amañada que los revolucionarios pudieron haber hecho sobre la obra de Montesquieu, ver REQUEJO PAJÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: CEC. 1989. pp. 43-45.

³³⁰ "Para los revolucionarios franceses, en efecto, a diferencia de los americanos, no hay más garantías del respeto a los derechos fundamentales que una adecuada composición del órgano legislador (...). Los derechos están garantizados cuando los legisladores son efectivamente los representantes del pueblo...". RUBIO LLORENTE, Francisco. Juez y Ley desde el punto de vista de la igualdad. En: *Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 97- 98.

³³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques; VILLAVARDE, María José. *El contrato social*. Ediciones AKAL, 2004. Libro II, cap. VI.

...El pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional, tal como los define la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946...

Por lo anterior, en un primer momento los principios y valores a los que hace alusión el Preámbulo de la Constitución de la V República fueron considerados *"más como una fuente de inspiración que como una fuente del derecho"*. Pero el Consejo Constitucional, en la célebre decisión del 16 de julio de 1971³³² otorgó valor jurídico constitucional al Preámbulo de la Constitución, y decidió por ello confrontar la ley sometida a su juicio -cuyo objeto era el de limitar la libertad de asociación- con los llamados *"principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República"* de los que habla el Preámbulo -y entre los que se encontraba la libertad de asociación-, integrando así un *"bloque de constitucionalidad"*. Estos principios hacen parte del bloque por remisión simultánea, es decir, el Preámbulo de la Constitución de 1958 aludió al Preámbulo de la Constitución de 1946 y éste, a su vez, remitió a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República".

En aquel contexto, la expresión *"bloque de constitucionalidad"* fue utilizada por la doctrina francesa para designar el conjunto de normas y principios superiores con las que se cotejan las disposiciones que se someten al control de constitucionalidad que corresponde hacer al Consejo Constitucional.

Por lo dicho, al otorgarle valor normativo al Preámbulo de la Constitución, se tiene que el bloque de constitucionalidad en Francia está integrado por los siguientes textos³³³:

- a. El articulado de la Constitución de 1958,
- b. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de octubre de 1789,

³³² La decisión del 16 de julio de 1971, es para muchos la más importante de todas las que hasta ahora ha proferido el Consejo Constitucional. Ver FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Op. Cit.

³³³ RUBIO LLORENTE estima que: "partiendo del hecho de que éstos son el reflejo de "espíritus y concepciones muy distintos y entre los que inevitablemente se produce antinomia, bastaría para hacer del 'bloc' un cuerpo más bien deforme...". RUBIO LLORENTE, *El bloque de constitucionalidad*, Op. Cit., p. 10.

- c. El Preámbulo de la Constitución del 7 de octubre de 1946 (IV República).
- d. Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.
- e. La Carta del Medio Ambiente: Adoptada mediante ley constitucional del 28 de febrero de 2005³³⁴.

2.1.2 El bloque de constitucionalidad en el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos

Como se dijo antes, por vía interpretativa, el texto del CEDH se ha adaptado a la evolución de la realidad europea. En efecto, el principio creado por el TEDH según el cual “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”, se encuentra anclado en la jurisprudencia del Tribunal (Mamatkulov y Abdurasulovic, de 6 de febrero de 2003). De este modo, sin duda alguna la jurisprudencia del TEDH, y su interpretación de los derechos presentes en el Convenio, se proyecta sobre los diferentes Estados, y sobre sus órganos jurisdiccionales, en la medida en que éstos asumen el efecto de cosa interpretada, los contenidos y los límites que para aquellos derechos resultan del case-law del Tribunal de Estrasburgo³³⁵.

Este fenómeno se produce en la mayoría de los Estados partes del Sistema Europeo en ausencia de todo mandato constitucional y se produce, también, con independencia de cuál sea la posición que en el sistema interno de las fuentes del Derecho ocupa el Convenio de Roma de 1950. En efecto, mandato constitucional del bloque de constitucionalidad está presente en muy pocos de Estados, entre ellos: España, Portugal y Rumania, con fórmulas diversas.

³³⁴ Este texto integra a la Constitución de 1958 los derechos de la tercera generación. Su finalidad es la prevención y reparación de los daños al medio ambiente, así como la conservación de éste para las generaciones presentes y futuras, y el principio de precaución en relación con la actividad científica, y que obliga al Estado a actuar de manera prudente previendo un daño potencial respecto del cual los riesgos para el hombre y su medio ambiente no han sido claramente establecidos.

³³⁵ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, N. 7, julio-septiembre 2004, pp. 187-226. Disponible en: <http://www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf>.

En *España*, la noción no solo es aceptada por la doctrina sino que incluso ha sido expresamente mencionada por el Tribunal Constitucional en varias de sus decisiones³³⁶. Pero eso no significa que el bloque de constitucionalidad sea un tema pacífico en el derecho constitucional español, pues durante mucho tiempo han existido al menos dos entendimientos bastante diversos de esa noción. Para ciertos autores, esa categoría hace referencia a todas las normas que sirven como parámetro de constitucionalidad y cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley, mientras que para otros doctrinantes, este concepto tiene como única función la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a partir de la aprobación de los distintos estatutos de autonomía³³⁷.

Así las cosas, la impregnación de los ordenamientos nacionales por la jurisprudencia estrasburguense más parece obedecer a una opción compartida, aunque no formalizada, de política judicial y, más general, también de política legislativa, que considera a aquella jurisprudencia como el referente común en materia de derechos fundamentales en el espacio europeo.

No obstante, en la actualidad los Tribunales constitucionales reconocen la influencia preponderante de la jurisprudencia del TEDH cuando se trata de determinar el contenido de los derechos fundamentales garantizados por el Derecho nacional y las posibilidades de limitación de los mismos. Más aún, en la práctica el Tribunal Europeo se ha convertido en una suerte de *juez de la convencionalidad* de la actuación de los propios Tribunales Constitucionales por cuanto las condenas a los Estados significan una cierta desautorización a dichos Tribunales, que fueron las últimas sedes nacionales en conocer y no remediar -cuando no en protagonizar directamente, por ejemplo en materia de dilaciones indebidas-, la vulneración alegada del derecho fundamental³³⁸.

Esta tendencial sintonía entre el TEDH, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales, a partir de los criterios interpretativos definidos por el primero de ellos, no está exenta de episodios de conflicto o enfrentamiento, que por

³³⁶ La sentencia STC 10 de 1982 es la primera que menciona la expresión del bloque de constitucionalidad, que luego es retomada por el Tribunal Constitucional en muchas otras ocasiones. RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad ...*, Op. Cit. p.10.

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

definición podrán existir siempre que los tres polos de la relación actúen sobre idéntico ámbito material. En todo caso, la probabilidad de tales divergencias parece disminuir con el paso del tiempo y, a la postre, el hecho de que tales conflictos puedan producirse no supone sino un fuerte incentivo para el diálogo permanente mediante sus sentencias entre aquellos Tribunales. Al respecto, Saiz Arnaiz opina que:

...quizás la mejor fórmula para definir esta situación pueda concretarse en el aforismo *separated Courts, sharing powers*³³⁹, en unos momentos en los que en términos formales no parece haber una instancia última, suprema en el sentido fuerte de la expresión, cuya autoridad resulte (jurídicamente) indubitada e indiscutida en el terreno de los derechos fundamentales en Europa. Aunque bien podría concluirse que la ausencia de *soberano* en esta materia no tiene porque resultar perjudicial para los ciudadanos europeos; o, más aún, quizá deba afirmarse que esa falta de supremo intérprete resulta beneficiosa para los titulares de los derechos... siquiera sea porque los conceptos de soberano y de derechos fundamentales son en sí mismos contradictorios...³⁴⁰.

Por otra parte, en la actualidad hay que tener en cuenta que en la cumbre de Brighton celebrada los días 18 al 20 Abril de 2012, se insistió en imperiosa necesidad de la aplicación del principio de subsidiariedad en el sistema europeo³⁴¹. Según este principio, y de acuerdo con su jurisprudencia, el Tribunal podrá llevar a cabo su función como garante de los derechos del Convenio únicamente en aquellos casos en los que las instancias nacionales hayan tenido oportunidad para examinar las vulneraciones de derechos y libertades alegadas por los recurrentes y no las hayan remediado adecuadamente, según se deriva del propio texto del artículo 35 § 1 del Convenio, que establece que “*al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos*”.

Se trata pues, de un requisito para la admisibilidad de las demandas pues el demandante deberá haber acudido ante los tribunales internos y agotar los recursos existentes para remediar la vulneración que alega. Pero el principio de subsidiariedad implica también que la garantía de los derechos del Convenio constituye una

³³⁹ Se trata, con todos los matices necesarios, de una traslación de *separated institutions, sharing powers*., términos con los que en ocasiones se ha definido el sistema político estadounidense.

³⁴⁰ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

³⁴¹ MORTE GÓMEZ, Carmen. El Sistema Europeo de Derechos Humanos. Conferencia 13. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección*, del 1 al 12 de diciembre de 2014. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín, pp. 119-135.

responsabilidad compartida entre los Estados y el Tribunal, y que los Estados deben establecer recursos efectivos frente a las posibles vulneraciones de tales derechos. Ello significa que, en el ámbito interno de cada Estado, debe establecerse un sistema de remedios efectivos frente a las violaciones de dichos derechos.

Valga resaltar, que el principio de subsidiariedad a partir del caso *Handyside contra Reino Unido*³⁴², no está reflejado en ninguna disposición del Convenio, pero es una manifestación del autocontrol judicial y del respeto a la soberanía nacional de los Estados parte. En virtud de este principio, el Tribunal reconoce que las autoridades nacionales, por su proximidad a los hechos y al contexto social y cultural, tienen mayor facilidad para la comprensión y tratamiento adecuado de algunas situaciones relacionadas con el respeto a los derechos humanos que una jurisdicción internacional, por ejemplo, sobre las causas de utilidad pública en una de la propiedad, sobre la necesidad de reglamentar el uso de símbolos religiosos en lugares públicos, etc³⁴³.

En todo caso, el Tribunal no pretende imponer un derecho homogéneo en los Estados parte, no pretende armonizar, y es consciente de la diversidad de tradiciones jurídicas, culturales y políticas en la Europa de los 47 Estados partes. Por eso reconoce, por ejemplo, que no existe en Europa una concepción uniforme de la "moral" (*Handyside*), del significado de la religión en la sociedad, etc. Lo importante es que las distintas soluciones nacionales se adecúen a un estándar mínimo europeo (artículo 53 del Convenio) que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal. Pero el margen de apreciación no es ilimitado, está sometido a un control europeo: opera sobre todo en aquellas cuestiones en las que no existe un consenso europeo (el margen opera sobre todo en aquellas cuestiones en las que no existe un consenso europeo (el margen de apreciación del Estado será mayor³⁴⁴), por ejemplo, la protección de la moral o ciertas cuestiones de bioética; y no opera o es muy reducido cuando existe dicho consenso o si se trata de los derechos que conforman el núcleo duro de los derechos del Convenio

³⁴² En el Caso *Handyside contra Reino Unido* se planteaba el problema del secuestro, de conformidad con la legislación inglesa de un libro destinado a la educación sexual de las escuelas. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Handyside contra Reino Unido*. Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ Cabe señalar que tanto el principio de subsidiariedad, como el margen apreciación el cual estará "sujeto a la jurisdicción y supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", fueron incluidas en el Protocolo N° 15, abierto a la firma en 2013, con esta inclusión se pretende reforzar la transparencia y la accesibilidad del Sistema.

(derecho a la vida, prohibición de las torturas, etc.); otro ejemplo, la igualdad de tratamiento entre hijos legítimos e ilegítimos³⁴⁵.

2.2 El bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica colombiana

La expresión "*bloque de constitucionalidad*" fue introducida en nuestro derecho público por la Corte Constitucional³⁴⁶, a propósito del alcance que a juicio de esa Corporación debía darse a dos artículos constitucionales aparentemente contradictorios, el 4, que señala expresamente el principio de supremacía normativa de la Constitución, y el artículo 93, que dispone que los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados por Colombia, prevalecen en el orden interno. La Corte consideró que esos preceptos podían armonizarse en el sentido que dichos tratados y convenios tendrían la misma fuerza y jerarquía normativa que las disposiciones constitucionales, y que unas y otras conformaban el denominado "bloque de constitucionalidad", como un todo indisoluble³⁴⁷.

Pero no siempre en la historia del país los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad fueron un punto referente, para las instancias judiciales. Prueba de ello es que antes de la promulgación de la Constitución de 1991, la Corte Suprema se negó a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos podía acarrear la inexecutable de una ley o de un decreto de estado de sitio. Lo cual fue muy desafortunado, ya que la carta de derechos de la Constitución era bastante pobre, los derechos en aquella época eran simples declaraciones formales,

³⁴⁵ MORTE GÓMEZ, Carmen, *El Sistema Europeo de Derechos Humanos...*, Op. Cit.

³⁴⁶ Debe recordarse que la Corte en el año 1993, mediante la Sentencia C-027 del 5 de febrero (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió acerca de varias demandas de inconstitucionalidad presentadas contra la Ley 20 de 1974 "Por la cual se aprueba el Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973", ya había hablado de un "bloque normativo integrado por elementos internacionales e internos". Ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo. "El bloque de constitucionalidad en Colombia...", Op. Cit. pp. 97 y ss.

³⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se incorporó por primera vez el concepto del bloque de constitucional al revisar la constitucionalidad del "Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

porque no existían en la Constitución de 1886, mecanismos para proteger efectivamente los derechos.

En realidad, la Corte Suprema casi siempre afirmaba que la Constitución de 1886 no permitía conferir valor constitucional, o al menos supralegal, a los convenios internacionales de derechos humanos. Entonces, cabe preguntarse, cómo se podía justificar jurídicamente aquella razón, si al ratificar los tratados de derechos humanos estos debían tener una especial fuerza jurídica interna, por lo cual no podían ser desconocidos por las leyes, pues si Colombia había adquirido la obligación de respetar y garantizar esos derechos, era natural que las leyes ordinarias debían ajustarse a esos compromisos internacionales.

No obstante, la Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental:

a) el artículo 53, según el cual, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”; b) el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; c) el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; d) el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Esta amplia apertura al derecho internacional de los derechos humanos permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, poco a poco, y aunque no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del bloque de constitucionalidad, pues considera

que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional - en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos- tienen sin embargo relevancia constitucional al momento de decidir los casos.

En ese mismo sentido, la Carta Política de Colombia de 1991 incorporó expresamente normas constitucionales que han permitido al Estado fijar pautas para constitucionalizar los instrumentos internacionales de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia, así como establecer parámetros para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación e interpretar y fijar el alcance de instituciones jurídicas que hacen parte de la actual Constitución Política³⁴⁸.

Según Uprimny, antes de la Constitución de 1991, el proceso de *constitucionalización* de los derechos humanos en Colombia era precario, porque las normas de derechos humanos prácticamente no tenían ninguna aplicación judicial en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces conocían y aplicaban esas disposiciones, dice:

...antes de la Constitución de 1991, los jueces colombianos no aplicaban las normas internacionales de derechos humanos, a pesar de que Colombia había ratificado esos tratados. Y muchos discutían acerca de la fuerza jurídica de esos tratados, para lo cual recurrían a las clásicas discusiones entre monismo y dualismo sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Por ello, quienes defendían la aplicación interna de los tratados, se sentían obligados a adherirse a tesis monistas internacionalistas, mientras que quienes apoyaban la supremacía constitucional, tenían dificultades para defender la prevalencia de las normas internacionales de derechos humanos. Esto cambió con la Constitución de 1991, porque está en armonía con una tendencia importante del constitucionalismo contemporáneo, al conferir un tratamiento jurídico especial al derecho internacional de los derechos humanos, que ha sido sistematizado por la Corte Constitucional con la figura del bloque de constitucionalidad, permitiendo una incorporación vigorosa del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica jurídica...³⁴⁹.

Las disposiciones constitucionales que confieren fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos son cuatro:

³⁴⁸ NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos. *Manual calificación de conductas*. [En línea]. Edición 1. Año 2010. Tomo I. p. 23. <Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/publicaciones.php3>> [Consulta: 30 May., 2011].

³⁴⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo; UPRIMNY YEPES, Inés María y PARRA VERA, Oscar. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Módulo de Autoformación del Consejo Superior de la Judicatura*. Bogotá: Fundación Social: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2008. p. 71.

De un lado, las *cláusulas normativas expresas*, según las cuales “los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (inciso 4º, Art.53, CP) y aquella en la que se regula que en los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (numeral 2º, Art.214, CP). De otro lado, las *cláusulas de remisión*, según las cuales ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional o prevalecen en el orden interno (Art.93, CP)³⁵⁰, y en las que se indica que el reconocimiento de ciertos derechos en la Constitución no puede ser interpretado como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella (Art.94, CP)³⁵¹, conocida como *cláusula abierta de los derechos innominados o no enumerados...*³⁵²

Son estas cláusulas constitucionales normativas, las que han permitido la incorporación del DIDH y del DIH al ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Constitución de 1991. En Colombia el orden jurídico interno se ha valido de la noción de “*bloque de constitucionalidad*”, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el año de 1992³⁵³, concepto que ha permitido que los tratados y convenios que reconocen derechos humanos tengan fuerza material constitucional aunque no aparezcan literalmente en el texto de la Constitución.

En ese sentido, la doctrina constitucional colombiana ha definido como *bloque de constitucionalidad* “aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste”³⁵⁴. En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (I) el Preámbulo, (II) el articulado de la Constitución, (III) algunos tratados y convenios internacionales de

³⁵⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

³⁵¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 94,: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

³⁵² NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado..., Op. Cit., p. 23.

³⁵³ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencias: T-002/92, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-409/92, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-574/ 92, M. P. Ciro Angarita Barón; T-426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-477/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-191/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-400/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-483/99; T-568/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-582/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-708/99, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-1022/99, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-010/00, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-567/00, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1635/00, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-327/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1319/01, M. P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

³⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Op. Cit.

derechos humanos (C.P. Art.93), (IV) las leyes orgánicas³⁵⁵ y (V) las leyes estatutarias³⁵⁶.

Para el caso colombiano, esta condición de prevalencia de los tratados internacionales, se deriva de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de acuerdo con el cual: "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno..."³⁵⁷. En efecto, sobre el artículo 93 la Corte Constitucional ha expresado:

...de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, sin embargo, este precepto no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales '*prohíben su limitación en los estados de excepción*', es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción³⁵⁸, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador...³⁵⁹.

Más adelante, en la Sentencia C-567 del 17 de mayo de 2000 la Corte Constitucional expresa que: "...el artículo 93 de la Ley Fundamental debe ser necesariamente interpretado en relación con el artículo 214-2 ibídem, que prohíbe la suspensión de los derechos humanos y libertades fundamentales durante los estados de excepción..."³⁶⁰.

En este orden de ideas, de la lectura del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, la Corte Constitucional estableció la necesidad de tres supuestos para que se diera la integración de las normas internacionales sobre derechos humanos en el

³⁵⁵ Al respecto puede consultarse las sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993.

³⁵⁶ Al respecto puede consultarse las sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995.

³⁵⁷ Al respecto puede consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁵⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Op. Cit.

³⁵⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-295 de 1993. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Posición reiterada en la Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero.

³⁶⁰ Ver Sentencia C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y Sentencia C-567/00 17 de mayo del 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

bloque de constitucionalidad³⁶¹: “(i) Que sea ratificado por el Congreso de Colombia, (ii) Que verse sobre derechos humanos, y (iii). Que se trate de un derecho cuya suspensión se prohíba durante los estados de excepción”³⁶². Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica...”³⁶³.

La anterior interpretación, que dio carácter vinculante a los tratados de DIH con prevalencia en el orden interno³⁶⁴, surgió de la protección a la dignidad humana³⁶⁵ en el derecho internacional a través de las *normas ius cogens*, puesto que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de DIH son normas de esta naturaleza³⁶⁶.

En el Sistema Interamericano también se ha hecho referencia a las normas de *ius cogens* y a las obligaciones *erga omnes*, tal y como lo expresó el juez A. A. Cançado Trindade en su voto razonado, en la sentencia de la Corte Interamericana de excepciones preliminares del caso colombiano de Las Palmeras, cuando indica que:

...la prohibición absoluta de violaciones graves de derechos humanos fundamentales se extiende, más allá del derecho de los tratados, porque igualmente se encuentra incorporada en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo. Tal prohibición da realidad a las obligaciones *erga omnes*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Estas últimas trascienden claramente el consentimiento individual de los Estados, sepultando en definitiva

³⁶¹ La doctrina constitucional ha definido como bloque de constitucionalidad, “aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (I) el Preámbulo, (II) el articulado de la Constitución, (III) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. Art.93), (IV) las leyes orgánicas y, (V) las leyes estatutarias”. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. En: *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Santiago de Chile: Universidade Talca, 2005. pp. 231-242.

³⁶² Al respecto pueden consultarse las sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995.

³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-774 del 25 de Julio de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

³⁶⁴ “Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-578 del 4 de diciembre de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶⁵ Ver Corte Interamericana: Opinión Consultiva 01 de 1981, párr. 24. Igualmente la Opinión consultiva 0C-2 de 1982, párr. 47. Corte Internacional de Justicia: Opinión Consultiva sobre la Convención para la Prevención del Genocidio de 1951. Corte Europea de Derechos Humanos: Caso Soering del 7 de julio de 1989, párr. 87. En Colombia, la Corte Constitucional ha destacado también ese punto. Ver sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995.

³⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995, Op. Cit.

la concepción positivista voluntarista del Derecho Internacional, y anunciando el advenimiento de un nuevo ordenamiento jurídico internacional comprometido con la prevalencia de valores comunes superiores y de imperativos morales y jurídicos, tal como el de la protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en tiempos tanto de paz como de conflicto armado...³⁶⁷.

Por lo anterior, el respeto por parte de los Estados a las normas internacionales que hacen parte del *ius cogens*, es un proceso que presenta un alcance más amplio, comprometiendo incluso a aquellos ordenamientos estatales que carecen de cláusulas constitucionales. Así, ocurre que los jueces nacionales y especialmente, los órganos con jurisdicción constitucional usan cada vez con mayor frecuencia, los acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales como parámetros hermenéuticos, para leer, interpretar y aplicar las respectivas Constituciones.

En resumidas cuentas, en la actualidad los derechos humanos, en virtud del bloque de constitucionalidad en Colombia, son entonces derecho positivo vinculante para todas las autoridades y por ello deben ser tenidos en cuenta por los jueces en sus decisiones judiciales. Esto es importante no solamente en los casos propiamente constitucionales – como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto-, sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria. Por ello, los jueces deben tener en cuenta la normatividad internacional de derechos humanos, por cuanto ésta, por mandato de la propia Constitución, tiene fuerza jurídica constitucional vinculante.

Lo anterior en razón de que “las Constituciones no son códigos totalmente cerrados”, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas o principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la misma Constitución establece que esas normas tienen una suerte de valor constitucional³⁶⁸.

Sin embargo, los riesgos de esa categoría, en términos de seguridad jurídica o de arbitrariedad judicial, también pueden ser muy grandes, pues para los operadores

³⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA. Caso Las Palmeras contra Colombia. Sentencia de fondo y reparaciones del 4 de febrero de 2000.

³⁶⁸ UPRIMNY, Op. Cit., p. 100.

jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo. Un juez podría, basándose en la cláusula abierta sobre derechos innominados³⁶⁹, invocar un derecho que no encuentre en el texto constitucional, pero que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas, y con base en ese valor anular regulaciones que para la gran mayoría de la sociedad son no solo legítimas sino muy importantes³⁷⁰.

3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

3.1 Sistema Universal de las Naciones Unidas

3.1.1 Instrumentos internacionales que rigen durante los estados de excepción

A. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas fue adoptada el 26 de junio de 1945 en San Francisco (E.U.) y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. Contiene disposiciones relativas a los principios rectores de la Organización, los propósitos fundamentales de la misma, las obligaciones y derechos de los Estados miembros, así como principios y disposiciones generales relativos a la protección internacional de los derechos humanos³⁷¹.

En la Carta se plasmó la idea y el compromiso de los Estados miembros de reconocer la existencia y la protección internacional de los derechos humanos. A partir de esta fecha la promoción y protección de los derechos humanos adquirió una nueva dimensión en el ámbito internacional, consecuentemente se dio inicio a la adopción de

³⁶⁹ Como lo señalamos anteriormente, esta cláusula establece que el listado de derechos del texto constitucional no excluye aquellos otros que no aparecen en él, pero que son inherentes a la persona humana o a una determinada forma de gobierno.

³⁷⁰ *Ibíd.*

³⁷¹ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945. [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>. [Consulta: 30 May., 2011].

toda una serie de instrumentos jurídicos internacionales de protección que fueron desarrollando el espíritu que motivó a muchos Estados miembros de la ONU al momento de su Constitución.

La Carta de las Naciones Unidas es el primer instrumento normativo de carácter general hacia la protección jurídica internacional efectiva de los derechos humanos. En efecto, con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945 resulta casi imposible, encontrar un tratado, acuerdo o convenio internacional que reconociera o declarara derechos, y, más aún, que tuviese mecanismos de protección y garantía para los mismos³⁷².

Por eso en el Preámbulo de la Carta se reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Pero este compromiso se concreta en el Art. 1 de la Carta en el cual aparece como uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas, el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión(apdo. 3).

Las razones de esta intervención inicial del derecho internacional, hasta entonces radicalmente excluido de su competencia para proteger los derechos, incluso y a pesar de la soberanía de los Estados, tienen que ver con la vulneración a gran escala de los más básicos derechos humanos protagonizada por algunos Estados en las primeras décadas del siglo veinte, recordando de manera especial a la primera y segunda guerra mundial, en donde el genocidio y los aberrantes crímenes contra la humanidad llevaron a la sociedad internacional a tomar conciencia de la necesidad de una intervención hasta entonces inimaginable.

Por lo anterior, y a pesar de todas sus *limitaciones*: de un lado, en materia de garantías, de desarrollo, promoción y estímulo de los derechos, porque estos términos no constan en la Carta, y de otro, debido a la absoluta indefinición de los contenidos de

³⁷² SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

los derechos a los que se alude³⁷³, ha de reconocerse que la Carta de las Naciones Unidas supone un cambio trascendental porque permite que los derechos humanos ingresen en el orden interno, atravesando la línea que separaba el derecho interno y el derecho internacional. Por ello, se puede afirmar que a partir de la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas por la mayor parte de los países del mundo, la protección de los derechos humanos ha pasado a ser objeto de interés de la sociedad internacional y del derecho de gentes, ya que los Estados se comprometieron en la misma a “*respetar y hacer los derechos humanos*”³⁷⁴.

No obstante, el artículo 2.7 de la Carta establece que: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta”. Como consecuencia de este artículo, un Estado puede recurrir a la fuerza para restablecer el orden público en su territorio sin ser condenado por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), siempre y cuando cumpla con las obligaciones internacionales asumidas mediante la ratificación de tratados internacionales, tanto del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como del derecho internacional humanitario (DIH)³⁷⁵.

Así mismo, el artículo 2³⁷⁶ de la Carta, reconoce el principio *Pacta Sunt Servanda*, según el cual los Estados miembros tienen la obligación jurídica internacional de

³⁷³ Con la excepción, quizá, de una cláusula general de igualdad en el disfrute de esos (indefinidos) derechos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (arts. 1.3; 13.1.b; 55.c; 76.c).

³⁷⁴ CADH: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: “(1) Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”

³⁷⁵ Una síntesis de las características del DIH en relación con el DIDH, puede ser la siguiente: (a) El DIH se puede considerar como un derecho de excepción, que se aplica en una situación, asimismo, de excepción, esto es la de guerra. En tal situación permanece aplicable DIDH (sin perjuicio de que la situación de guerra justifique, además, una declaración de estado de emergencia que acarree la suspensión de ciertos derechos). Por tanto, en lo que no se apliquen las reglas especiales del Derecho Humanitario, rigen las normas generales de los derechos humanos; (b) El DIH es más antiguo, que el DIDH, y sus normas son más abundantes y detalladas. (c) Los principales instrumentos de DIH cuentan con la ratificación de un mayor número de Estados que los instrumentos del DIDH. (d) El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ocupa un lugar central en el DIH, que no tiene parangón en DIDH. El CICR ha sido la organización clave en el desarrollo mismo del DIH, la supervisión de su aplicación y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados.

³⁷⁶ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: “Artículo 2. Apartado 2: Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

cumplir con buena fe, los compromisos adquiridos en las normas convencionales sobre derechos humanos, incluso algunos tratados otorgan competencia a organismos de protección y les confieren facultades para conocer hechos o situaciones violatorias de derechos humanos sucedidas al interior de los Estados parte.

Por lo anterior, los Estados miembros de las Naciones Unidas, no pueden invocar y anteponer los preceptos del artículo 2 apartado 7 de la Carta para impedir u obstaculizar la supervisión y el control internacional de determinados organismos de protección de derechos humanos del sistema, ni aun durante los estados de excepción, ya que con base en lo estipulado en el principio *Pacta Sunt Servanda*, están obligados jurídicamente a cumplir, en toda circunstancia, incluso en épocas de anormalidad, con las normas convencionales sobre derechos humanos³⁷⁷.

B. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Tres años y medio después de la aprobación de la Carta fundacional, el 10 de diciembre de 1948, se aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH). En su Preámbulo establece que: “los derechos se convierten en fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo”, a la vez se proclama la necesidad de un orden social e internacional en el que tales derechos se hagan plenamente efectivos (Art. 28 DUDH). De este modo, el derecho internacional penetra en el corazón mismo del santuario de la soberanía al pasar a ser no solo un derecho interestatal sino también un derecho superestatal, encargado, en nombre de valores comunes y superiores a los Estados, de la protección de intereses infraestatales (es decir, de intereses individuales sometidos a la autoridad nacional).

Sin lugar a dudas, la DUDH constituye el instrumento declarativo sobre derechos humanos más importante de nuestra época, pues reconoce un amplio listado de derechos civiles y políticos; junto con derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo pautas generales para que los Estados miembros puedan, en casos especiales, imponer

³⁷⁷ Se aceptan tres excepciones al principio *Pacta Sunt Servanda*: 1) la imposibilidad física; 2) La imposibilidad moral o “carga excesiva” y 3) la cláusula rebús sic stantibus. GARCÍA LIÉVANO, Enrique. *Derecho internacional público*. 6a. ed. Bogotá: Temis, 2005. p. 38.

límites en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Declaración, de tal manera que, en ningún tipo de circunstancias puedan suprimirse por los Estados los derechos protegidos³⁷⁸.

En ella, se insiste en el establecimiento de un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión, con lo cual se hace alusión a la necesidad de que impere el derecho en todo tipo de circunstancias, especialmente en aquellas en las cuales los derechos humanos están en mayor peligro de ser afectados por la actitud de los gobernantes. Por eso, el valor que le fue otorgado en 1948 es más bien político y moral, que estrictamente jurídico, pues fue proclamada por la Asamblea General como un “*ideal común*”, por el que todos los pueblos y naciones del mundo deben esforzarse.

Pero, fue a partir de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán (Irán) en mayo de 1968, donde se proclama el carácter obligatorio de la Declaración Universal, lo cual contribuye a que la Declaración se haya transformado de manera progresiva, en una auténtica interpretación de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos³⁷⁹.

De hecho, la DUDH ha inspirado más de 80 declaraciones y tratados internacionales, un gran número de convenciones regionales, proyectos de leyes nacionales, y disposiciones constitucionales que, en conjunto, constituyen un sistema amplio jurídicamente vinculante para la promoción y la protección de los derechos humanos³⁸⁰.

³⁷⁸ DUDH, Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.(...) Considerando que los Estados miembros han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”.

³⁷⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Contribución de los principios generales del derecho internacional a la precisión del núcleo duro de los derechos humanos. En: MARZAL, Antonio. *El núcleo duro de los derechos humanos*. Barcelona: J.M. Bosch, s.f. pp. 50-55.

³⁸⁰ En el sistema universal se han creado los siguientes instrumentos internacionales de protección a derechos humanos: la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, adoptada en 1921; la Convención sobre Condición de los Extranjeros, adoptada en 1928; la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en 1933; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948; la Convención sobre Estatuto de los Refugiados, adoptada en 1951; la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, adoptada en 1953; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptado en 1954; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada en 1968; la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptada en 1960; la Convención sobre la Eliminación de

En resumen, la Declaración es la primera en la historia de la humanidad que teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana fue elaborada y aprobada con un alcance y validez universal. Por eso, y dada la discusión sobre su carácter vinculante desde el punto de vista jurídico; para superar este problema de eficacia jurídica, más tarde, surgirán el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC) de Naciones Unidas, aprobados el 16 de diciembre de 1966.

Los dos Pactos desarrollaron la mayoría de los derechos consagrados por la DUDH, haciendo que sean efectivamente vinculantes para los Estados que los han ratificado. En su mayoría, estos instrumentos, definen derechos ordinarios tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la libertad de expresión, el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación. Por eso, el PIDCP, con el Protocolo Facultativo al PIDCP de 1966, junto con el PIDESC y con la Declaración Universal de Derechos Humanos, conforman la “*Carta Internacional de Derechos Humanos*”.

3.1.2 Órganos de Supervisión de los derechos humanos durante los estados de excepción en las NNUU

En el sistema de las Naciones Unidas existen tres órganos, cada uno, de los cuales hace uso de una multiplicidad de mecanismos para supervisar el respeto de los Derechos Humanos durante la declaración de los estados de excepción. Tales órganos son los siguientes: a) el Comité de Derechos Humanos, b) el Consejo de Derechos Humanos, c) los enviados, relatores y representantes especiales de la Comisión de Derechos Humanos para los países de América Latina y d) el Relator Especial sobre los Estados de Excepción, y finalmente, e) el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los cuales serán analizados a continuación:

todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, adoptada en 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994 y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994. Además en el ámbito interamericano: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 1969, luego el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador, de 1988, entre otros.

A. El Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos como órgano encargado de vigilar y controlar el cumplimiento del PIDCP por parte de los Estados Miembros, debe llevar a cabo de manera idónea y efectiva el control de su artículo 4³⁸¹, en el cual se establece la cláusula de la no suspensión de ciertos derechos intangibles durante los estados de excepción, mediante tres instrumentos:

1) Control vía Informes: que con carácter periódico, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Pacto y en lo posterior cada 5 años, han de enviar los Estados parte en el PIDCP al Comité. Estos Informes versan sobre las disposiciones que cada Estado adopte para cumplir con los derechos y las obligaciones que se derivan del mismo, y sobre los progresos realizados en cuanto al disfrute de los derechos, señalando los factores y las dificultades, si las hubiere, que afecten la aplicación del Pacto³⁸².

2) Mecanismo de comunicaciones (quejas): que un Estado Parte formula al Comité en contra de otro Estado parte por la violación de alguna disposición del Pacto. El mismo Pacto otorga competencia al Comité para el trámite de denuncias de Estado, a condición de que tanto el denunciante como el denunciado hayan aceptado previamente tal competencia³⁸³.

3) Quejas individuales: A través de este mecanismo el Comité de Derechos Humanos examina peticiones presentadas por personas, que alegan ser víctimas de violaciones por un Estado parte, de los derechos reconocidos en el PIDCP³⁸⁴. La comunicación que

³⁸¹ Ver Art. 4 del PIDCP.

³⁸² En la práctica se ha demostrado que la eficacia de este mecanismo se ve limitada por diversas razones, entre las que podríamos señalar: 1) Insuficiencia de la información suministrada por los Estados al Comité; 2) Dificultades en el seno del Comité para alcanzar ciertas cuestiones claves; 3) Demora injustificada en la presentación de los Informes.

³⁸³ El artículo 41.1 del PIDCP dispone: “Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone este pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a si mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado parte que no haya hecho tal declaración...”

³⁸⁴ El artículo 1 del Protocolo Facultativo dice: “Todo Estado parte en el presente protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de

presente el individuo debe cumplir ciertos requisitos de admisibilidad, y si éstos son cumplidos, el Comité trasmite la demanda del particular al Estado demandado para que el Estado formule sus observaciones³⁸⁵.

Además de las deficiencias de las que adolecen estos instrumentos considerados cada uno de manera individual, hay que agregar que la mayor preocupación se debe a la falta de acatamiento de las decisiones del Comité, por parte de los gobiernos responsables de las distintas violaciones que se cometen durante los estados de emergencia al referido artículo 4 del PIDCP.

B. El Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos)

La Asamblea General por medio de la Resolución 60/251 del 3 de abril de 2006 decidió crear el Consejo de Derechos Humanos³⁸⁶ en remplazo de la desgastada Comisión de Derechos Humanos³⁸⁷. Desde entonces, el Consejo de Derechos Humanos es un órgano subsidiario de la Asamblea General, se reúne periódicamente, y tendrá como mínimo 3 períodos de sesiones por año. Está integrado por 47 Estados elegidos por un período de 3 años, por votación secreta de la mayoría de los miembros de la Asamblea General, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa.

En la actualidad el Consejo de Derechos Humanos es el responsable de promover el respeto de todos los derechos humanos, estudia las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y hace recomendaciones al respecto. Es un foro mundial de discusión de derechos humanos. Igualmente, sigue desarrollando el derecho internacional de los derechos humanos. Valga resaltar que en la Resolución 60/2006 se

cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el presente protocolo”.

³⁸⁵ Ha detenerse en cuenta que dicha competencia no está reconocida en el PIDCP, sino en el Protocolo Facultativo que se adoptó por la misma resolución.

³⁸⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Consejo de Derechos Humanos. [En línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>. [Consulta: 20 May., 2012].

³⁸⁷ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue una Comisión creada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) y asistía en funciones al Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Creada el 12 de agosto de 1947 por resolución del ECOSOC. El 5 de marzo de 2006 es creado el Consejo de Derechos Humanos como organismo de la Naciones Unidas y en consecuencia la Comisión tuvo su última sesión el 27 de marzo de 2006.

establece que “*el Consejo asumirá los mandatos y mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos*”³⁸⁸.

Por lo anterior, y dado que el Consejo es el órgano que remplazó a la Comisión de Derechos Humanos, su mandato le permite informarse de la situación de los derechos humanos en todo el mundo y en todo tipo de situaciones, incluyendo por supuesto los estados de excepción. Cabe recordar que la Comisión analizaba la situación de los derechos humanos en determinados países y en regiones geográficas; conocía sobre situaciones relativas a ciertos derechos humanos especialmente protegidos y adoptaba resoluciones y recomendaciones tanto para los Estados miembros como para la misma Organización sobre los temas tratados en cada período anual de sesiones.

En definitiva, este organismo hace estudios sobre problemas de derechos humanos, prepara recomendaciones para los Estados y redacta instrumentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos. Además, se encarga de las tareas especiales que le asignan la Asamblea General o el Consejo Económico y Social (ECOSOC), comprendida la investigación de las denuncias de violaciones de derechos humanos y el trámite de comunicaciones relativas a esas violaciones. También ayuda al ECOSOC a coordinar las actividades relativas a los derechos humanos de todo el Sistema de las Naciones Unidas³⁸⁹.

C. Los enviados, relatores y representantes especiales de la Comisión de Derechos Humanos en los países de América Latina

³⁸⁸ La Comisión de Derechos Humanos conocía regularmente en cada período anual de sesiones sobre los siguientes temas: estados de excepción; derechos del niño; derechos de la mujer; libertad de expresión; derechos económicos, sociales y culturales; derechos de las minorías; derecho a la libre determinación de los pueblos; derecho al desarrollo; no discriminación; protección contra la esclavitud; Apartheid; situación de los refugiados y desplazados internos; éxodos en masa; intolerancia religiosa; situación de los discapacitados; derechos humanos y terrorismo; normas humanitarias mínimas; objeción de conciencia al servicio militar; protección contra la tortura; desapariciones forzadas o involuntarias; ejecuciones sumarias o arbitrarias; discriminación racial; protección a las poblaciones indígenas; detenciones ilegales o arbitrarias; administración de justicia; asistencia a los Estados para el fortalecimiento del Estado de derecho; actividades en materia de derechos humanos; y la situación de los derechos humanos en determinados países, entre otros temas relevantes. La Comisión también adoptaba resoluciones y recomendaciones a los Estados sobre estos temas.

³⁸⁹ MELÉNDEZ, Op. Cit., p. 200.

Los representantes, relatores o enviados especiales son algunos de los mecanismos que han surgido en los últimos años, en el contexto de la investigación práctica que la ONU lleva a cabo en aquellos países donde existe un cuadro persistente, grave y manifiesto de violaciones a los derechos humanos. En América Latina han sido objeto de investigación por estas personas los siguientes países: Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala y Colombia. Tales Informes de una u otra forma han permitido mejorar la protección de los derechos humanos en América Latina³⁹⁰, como se demuestra a renglón seguido:

En el caso de *Bolivia*, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU designó al profesor Héctor Gros Espiell en calidad de Enviado Especial de la Comisión, para investigar las masacres y asesinatos que estaban teniendo lugar, como consecuencia del golpe de estado acaecido el 17 de julio de 1980. Gros Espiell elaboró dos Informes sobre la situación de los derechos humanos en este país en 1982 y 1983, refiriéndose la intangibilidad absoluta de ciertos derechos humanos, cuyas fueron estas palabras:

...cualesquiera que sean las razones que hayan podido existir para interrumpir el proceso constitucional democrático, es inaceptable e inadmisible la supresión y/o violación de ciertos derechos humanos que constituyen siempre el mínimo necesariamente vigente e inderogable y cuya existencia y respeto es necesario en todo momento y en toda situación, sin que sea posible justificar su derogación, desconocimiento o violación...³⁹¹

Para la Comisión, la inderogabilidad absoluta de ciertos derechos, en especial del derecho a la vida, del derecho a no ser sometido a la tortura o a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes y del derecho a no ser sometido a la esclavitud o a la servidumbre, reconocidos en el artículo 27,2 de la CADH, y en el artículo 4,2 del PIDCP, es la consecuencia de un principio general que se encuentra en el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁹².

³⁹⁰ Aunque la Comisión ya no existe, el Consejo de Derechos Humanos en la actualidad es quien envía representantes, relatores y enviados especiales donde la situación lo amerite.

³⁹¹ Véanse los Informes I y II del Profesor Héctor Gros Espiell en calidad de Enviado Especial de la Comisión de Derechos Humanos para Bolivia. Doc. E/CN.4/1981/1500. 31 de diciembre de 1981. Original: español y Doc. E/CN.4/1983/22, de 13 de diciembre de 1982. Original: español, pp. 47-49.

³⁹² Ver Art. 29 de la DUDH.

En el caso de *El Salvador*, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU designó en 1981, al profesor José Antonio Pastor Ridruejo³⁹³ en calidad de Representante Especial de la misma, con el mandato de: i) investigar los Informes sobre los asesinatos, secuestros, desapariciones, actos terroristas y toda clase de violaciones graves de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que habían ocurrido en El Salvador, basándose en información procedente de todas las fuentes pertinentes y, ii) formular recomendaciones sobre las medidas que podría adoptar la Comisión para contribuir a asegurar el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en ese país.

En varios de sus Informes, el profesor Pastor Ridruejo ha señalado, específicamente en relación con la existencia de medidas de excepción, que si bien de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno vigente en *El Salvador* no cabe negar a las autoridades de este país la facultad de adoptar medidas excepcionales —en atención a la situación de violencia que impera—, sin embargo ni los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los cuales El Salvador es parte, ni los imperativos morales más elementales enraizados en toda conciencia normal permiten que, "bajo el pretexto de las medidas de excepción se violen derechos fundamentales inderogables de la persona humana, y entre ellos, y particularmente, el derecho a la vida", recomendando en este sentido al Gobierno "derogar las medidas legislativas y otras sean incompatibles con las reglas enunciadas en los instrumentos internacionales que en materia de derechos del hombre obligan a la República de El Salvador"³⁹⁴.

Pero fue *Chile*, sin lugar a dudas, el país que mayor atención recibió de la Comisión de Derechos Humanos de las NNUU. En efecto, la situación de los derechos humanos en este país, luego de perpetrado el golpe de estado del 11 de setiembre de 1973, representó el punto de partida del establecimiento de nuevas medidas *ad hoc* en relación con los estados de excepción. Y es que a pesar de la constante oposición del Gobierno

³⁹³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Lecciones de derecho internacional público*. 2a. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1983.

³⁹⁴ Véanse los Informes del Profesor José Antonio PASTOR RIDRUEJO en calidad de Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para el caso de El Salvador. Doc. A/36/608, de 28 de octubre de 1981. Doc. E/CN.4/1502, de 18 de diciembre de 1982. Doc. A/37/661, de 22 de noviembre de 1982. Doc. E/CN.4/1983/20, de 20 de enero de 1983. Doc. A/38/503, de 22 de noviembre de 1983. Doc. E/CN.4/1984/25, de 19 de enero de 1984. Doc. E/CN.4/1985/18, de 1 de febrero de 1985. Doc. E/CN.4/1986/22, de 3 de febrero de 1986. Doc. E/CN.4/1987/21, de 2 de febrero de 1987.

militar chileno en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, dirigido a impedir la creación de nuevos mecanismos para la determinación de hechos (*fact-finding*), cinco diversos mecanismos *ad hoc* se emplearon en diferentes oportunidades, a saber: i) relator especial para el estudio del impacto de la ayuda económica extranjera y la asistencia sobre el respeto de los derechos humanos; ii) experto sobre la cuestión de personas dadas por desaparecidas; iii) fondo especial para las víctimas que sufrieron abusos de derechos humanos; iv) grupo de trabajo *ad hoc* sobre la situación de los derechos humanos en este país; y v) la figura del relator especial sobre la situación de los derechos humanos en Chile³⁹⁵.

Valga resaltar, que fue en Chile, donde la Comisión realizó los aportes más importantes en materia de estados de excepción. Entre estos, cabe destacar los efectuados por el grupo de trabajo *ad hoc* en sus varios Informes; los del juez Lallah, ex relator especial de los estados de excepción y, los contenidos en los diversos Informes del relator especial, el profesor Fernando Volio Jiménez³⁹⁶.

D. El Relator Especial sobre los Estados de Excepción

Es la única instancia de Naciones Unidas que tiene facultades específicas para conocer sobre la situación de los derechos humanos en los estados de excepción. El Relator Especial fue nombrado por la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, en cumplimiento de la Resolución 1985/37 del ECOSOC, después que la Comisión de Derechos Humanos le pidiera a la Subcomisión que le propusiese medidas encaminadas a asegurar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los casos de estados de excepción en cualquier país del

³⁹⁵ La Comisión de Derechos Humanos inició la consideración de la situación de los derechos humanos en Chile, en 1974, mediante decisión del I de marzo de 1974, en que ésta autorizó a su Presidente a enviar un telegrama al gobierno chileno. Desde entonces, se ha ocupado de esta situación la Asamblea General, el ECOSOC, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, así como diversos órganos subsidiarios de la Comisión.

³⁹⁶ En cuanto a los Informes elaborados por los Relatores Especiales para el caso de Chile vease en particular: Doc. E/CN.4/1428, pp. 8-14, En especial, el punto 'Consecuencia de la aplicación de los estados de excepción sobre los derechos humanos y sobre su protección judicial', pp. 13-14. Véase además, Doc. E/CN.4/1484, pp. 6-9. Otros Informes que revisten particular interés son los del actinl Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos pnra el caso de Chile, Profesor Fernando Volio. Doc. A/40/67, de 17 de septiembre de 1985; Doc. E/CN.4/19B6/2, de 12 de de febrero fie 1986; Doc. E/CN.4/ 1987, de 17 de febrero de 1987. Véase, además, *United Nations Action*. *Supra* nota 1 pp. 226-228 e *International Law Association*. *Supra* nota 2. pp. 21-22.

mundo³⁹⁷. En tal sentido, la Subcomisión decidió establecer por primera vez en la práctica institucional de las Naciones Unidas la figura del relator especial sobre los estados de excepción.

El mandato del Relator Especial le permite informarse de la situación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los estados de excepción en cualquiera de los Estados miembros. Tiene facultades para dirigirse a los gobiernos, a órganos e instancias de las Naciones Unidas, a organizaciones intergubernamentales de otros sistemas de protección y a organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social³⁹⁸.

Así mismo, debe solicitar periódicamente a los gobiernos informaciones relativas a los estados de excepción, entre ellas: si han recurrido o no a estados de excepción; si han levantado o prorrogado los estados de excepción decretados con anterioridad; si han recurrido a instituciones excepcionales y de qué tipo; si han tomado medidas de excepción y de qué naturaleza y si han afectado el ejercicio de derechos humanos, cuales derechos han sido vulnerados con la adopción de las medidas excepcionales³⁹⁹.

Los Estados deben informar, además, sobre las leyes de excepción adoptadas, remitiendo el texto de la ley al Relator Especial, informándole sobre el tiempo de duración de las medidas de excepción y lo relativo al ámbito territorial donde deberán surtir efectos dichas medidas. Al finalizar los estados de excepción los gobiernos deben también informar al Relator Especial sobre esta circunstancia.

No obstante, y a pesar de los Informes anuales que el Relator Especial ha emitido, los Estados siguen desconociendo sus recomendaciones, por lo que es necesario que tanto el Consejo de Derechos Humanos como su Comité Asesor revisen el mandato del

³⁹⁷ Sobre las últimas recomendaciones del Relator Especial, véase el Documento: E/CN.4/Sub.2/1995/20, de 26 de junio de 1995.

³⁹⁸ MELÉNDEZ, Op. Cit., p. 209.

³⁹⁹ Consúltase, además, los Informes anuales del Relator Especial sobre los estados de excepción que constan en los siguientes documentos: E/CN.4 Sub.2/ 1988/1 8/Rey. 1: E/CN.4/Sub.2/ 1 989/30IRev.2: E/CN.4/Sub.2/ 1991 28/Rey. 1: E/CN.4/Sub.2/ 1 992/23/Rey. 1: E/CN.4/Sub.2/ 1 993/23/Rey. 1: El CN.4/Sub.2/1994/23 y Corr.1 y Add.1: E/CN.4Sub.2/1995/20; E/CN.4 Sub. 2/1996: y E/CN. 4/Sub. 2/1997/7. y E/CN. 4/Sub. 2/1997/19. Add. 1 de 9 de junio de 1997. En el Informe del Relator Especial que consta en el documento E/CN.4 Sub.2/1993/23 de 29 de junio de 1993, se citan otros Estados en cuyo territorio se han tomado medidas de excepción durante 1992 y 1993. Entre ellos se mencionan: Armenia, Burkina Faso, Camerún, Colombia, Estados Unidos de Norteamérica, Guatemala, Guyana, India, Kenya, Mauritania, Nigeria, Tayikistán, Venezuela y Zambia.

Relator Especial y lo adecuen a las necesidades y requerimientos actuales de la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción, dotándolo de facultades más amplias y de mecanismos eficaces para realizar una verificación activa de las violaciones a los derechos humanos en tales situaciones.

E. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos

En cumplimiento de una recomendación de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena en 1993, la Asamblea General creó por medio de la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993, el cargo del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Empezó a ejercer sus funciones a finales de 1994. Es el funcionario principal de las Naciones Unidas en todo lo que se refiere a la protección de los derechos humanos. Su mandato lo ejerce bajo la dirección y autoridad del Secretario General, quien lo nombra para un período de cuatro años, renovable. Tiene su sede en Ginebra (Suiza)⁴⁰⁰.

Esta instancia, de reciente creación en el Sistema Universal, ha sido establecida fundamentalmente con el objeto de fortalecer la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos y de promover y proteger el disfrute efectivo de los derechos y libertades fundamentales en los países miembros de la Organización. Está facultado para supervisar las funciones del Centro de Derechos Humanos y para mantener contacto directo con los gobiernos de los Estados miembros.

Las principales funciones que tiene el Alto Comisionado para los Derechos Humanos son: La promoción y protección de todos los derechos humanos; desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas y formularles recomendaciones; proporcionar asesoramiento y asistencia técnica a los Estados que lo soliciten; coordinar los programas de educación e información pública en derechos humanos de Naciones Unidas; prevenir la persistencia de violaciones de derechos humanos; coordinar la promoción y protección de derechos humanos en el sistema de la ONU; supervisar el centro de derechos humanos.

⁴⁰⁰ UPRIMNY, Rodrigo..., OP. Cit., p. 105.

Tomando en cuenta el ámbito de aplicación material y territorial de su mandato, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos está facultado también para conocer sobre la situación de los derechos humanos durante los estados de excepción y los conflictos armados. En tal sentido, ha intervenido recientemente en las tareas de coordinación de las distintas instancias y organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas en los conflictos de la ex-Yugoslavia y Rwanda.

4. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El presente acápite pretende vincular el contexto en que fueron creadas la Organización de Estados Americanos (OEA) y las instituciones vinculadas al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, resaltando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) fueron creadas en una situación particular de violencia en la región, en la cual, el Sistema Interamericano y la OEA en general, más que haber sido un esfuerzo colectivo a nivel estatal para detener la violencia y la miseria en la región a través del discurso de los derechos, tiene como presupuesto pragmático la política exterior de Guerra Fría de los Estados Unidos mediante la cual se pretendió evitar la expansión del comunismo y consolidar la dominación geopolítica e ideológica de esta potencia sobre la región⁴⁰¹.

En el momento de creación de la OEA y de la Declaración Universal de los DH, los Estados Unidos, más que un país más del Norte, se volvió el líder del denominado mundo occidental, en una época denominada en la teoría de la geopolítica como “*americanización*”⁴⁰². En ese entonces, la pretendida igualdad jurídica de los Estados en el marco de la OEA es relativizada por la realidad geopolítica del continente⁴⁰³.

⁴⁰¹ Los Estados Unidos nunca firmaron las convenciones cuya ratificación promovieron entre los Estados americanos.

⁴⁰² “*América para los americanos*”, o Doctrina de Monroe de 1823: Nombre que reciben los planes y programas políticos que inspiraron el expansionismo de los Estados Unidos de Norteamérica, sintetizados por el Presidente Santiago Monroe, y que se pueden resumir en tres puntos: no a cualquier futura

4.1 La Organización de los Estados Americanos (OEA)

El origen de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se remonta a la Novena Conferencia Panamericana celebrada el 30 de abril de 1948 por veintiún Estados del continente con la firma de la Carta de la OEA, en Bogotá, con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia".

Para ejecutar efectivamente estos propósitos esenciales, la OEA utiliza cuatro pilares. Estos pilares —democracia, derechos humanos, seguridad y desarrollo— se sustentan entre sí y se entrelazan transversalmente mediante una estructura que comprende el diálogo político, la inclusión, la cooperación e instrumentos jurídicos y de seguimiento, estos proporcionan a la OEA las herramientas necesarias para llevar a cabo y maximizar su labor en el hemisferio.

Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE).

4.2 Instrumentos de protección del Sistema Interamericano

4.2.1 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948

Durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en el mes de abril de 1948, se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos, junto con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que proclama los

colonización europea en el nuevo mundo, abstención de los Estados Unidos en los asuntos políticos de Europa y no a la intervención de Europa en los gobiernos del hemisferio americano.

⁴⁰³ EU tenía que actuar por todos los medios para eliminar los brotes de comunismo en el Hemisferio: externamente mediante la promoción de la democracia representativa/DH como alternativa al comunismo y, solapadamente, mediante intervención económica, política y militar para la desestabilización de movilizaciones sociales y regímenes que propusieran alternativas a las políticas que tuviera la potencia trazadas para el continente.

derechos fundamentales de la persona humana⁴⁰⁴. Valga resaltar que la Declaración Americana se aprobó con anterioridad a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Un aspecto genérico de interés sobre la Declaración Americana, para el profesor Cançado Trindade, es que ésta avanzó en una visión integral de los derechos humanos, lo cual no ha sido retomado por el Pacto de San José de Costa Rica⁴⁰⁵. En efecto, el texto de la Declaración Americana consagra los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminado en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; el derecho de asilo y el derecho a peticionar a las autoridades⁴⁰⁶.

Pero la importancia de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no se agota en lo señalado en el párrafo anterior, pues también aporta al *fundamento* de los derechos humanos, *el carácter universal* de los mismos y en última instancia, al *desarrollo del derecho internacional público contemporáneo*⁴⁰⁷.

Conforme a lo anterior, la Declaración ha sido el paso inicial dentro de la Organización de los Estados Americanos para el desarrollo progresivo del Sistema Interamericano y ha contribuido en el debate para la adopción de los distintos

⁴⁰⁴ Ambos instrumentos fueron aprobados en el mismo momento y espacio que la OEA: el 2 de mayo de 1948, en Bogotá, siete meses antes que la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 2002): La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 549-591.

⁴⁰⁶ DECLARACIÓN AMERICANA: Arts: I, XVII, II, III, XIX, IV, V, VI, VIII, IX, X, XXIII, VII, VIII, XXVII, y XXIV.

⁴⁰⁷ El contenido de la Declaración Americana posee similitud con el de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero no es de extrañar esta coincidencia pues ambos textos son contemporáneos, y el derecho internacional se hallaba todavía impregnado de un alto contenido eurocentrista y occidental al momento de sus respectivas adopciones.

instrumentos internacionales de protección del Sistema Interamericano , como son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad⁴⁰⁸.

Además, en casos contenciosos recientes, la Corte Interamericana también ha hecho uso de la Declaración Americana, en el inicio de un camino de conceptualización de un rubro indemnizatorio para la etapa de reparaciones bajo el nombre de daño al “*proyecto de vida*”. Así, en los casos: Loayza Tamayo contra Perú⁴⁰⁹ y Villagrán Morales contra Guatemala⁴¹⁰, un voto razonado conjunto de los jueces Antonio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burrelli sostiene que “...El *proyecto de vida* se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, entendida como derecho de cada persona a elegir su propio destino(...) El proyecto de vida se envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana – De los derechos y Deberes del Hombre – de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana⁴¹¹.

4.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

El 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, fue firmada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre DH. Inicialmente, la creación de la Convención Americana había sido encargada a la Comisión Interamericana de Jurisconsultos en la reunión de

⁴⁰⁸ Todas las referencias a la Declaración Americana se encuentran en los preámbulos de los instrumentos señalados, a excepción de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; en relación a este último instrumento, la Declaración Americana es mencionada en el párrafo cuarto de la Resolución de la Asamblea General que le dio nacimiento (1608/99). Además, en la parte dispositiva del Pacto de San José de Costa Rica, se dispone que ninguna disposición del mismo puede interpretarse en el sentido de excluir o limitar los efectos que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art.29).

⁴⁰⁹ CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo c. Perú. Sentencia de repaciones del 27 de noviembre de 1998.

⁴¹⁰ CORTE IDH. Caso Villagrán Morales y otros c. Guatemala. Sentencia de fondo y reparaciones del 19 de noviembre de 1999.

⁴¹¹ *Ibíd.*

Ministros de 1959 y había sido revisada en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Rio de Janeiro, 1965), en la cual se conocieron las propuestas elaboradas por los gobiernos de Chile y Uruguay para la redacción de la Convención⁴¹².

No obstante, el borrador que verdaderamente fue tomado en cuenta fue el aportado por la Comisión Interamericana en 1967, el cual difería del proyecto inicial elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. La CIDH, en su propuesta tomó muchos elementos de la experiencia europea, en particular el Convenio Europeo para la Protección de los DH y las Libertades Fundamentales, sobre todo en lo relativo a los mecanismos de protección, aunque estos funcionan con mayores deficiencias en comparación con el Sistema Europeo de Protección de los DH⁴¹³.

La Convención Americana entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, ya que los Estados americanos, muchos de ellos bajo regímenes militares durante los sesentas y setentas, no estaban convencidos acerca de la conveniencia del instrumento. De hecho, fue debido a la presión de la administración de Jimmy Carter que la Convención Americana entró en vigor activando así al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el único conjunto de instituciones de la OEA que se dedica sistemáticamente a la construcción y difusión del discurso de la democracia y los derechos humanos.

En el presente, 25 de los 35 Estados miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana⁴¹⁴. De manera adicional a la Convención Americana, se crearon dos protocolos y algunas convenciones especiales, todo lo cual tiene carácter accesorio

⁴¹² CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945. [Consulta: 30 May., 2011]. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>.

⁴¹³ En lo principal, no se previó que la Asamblea General o el Consejo Permanente de la OEA ejercieran una función política similar a la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, lo cual en el futuro restó efectividad y relevancia a las resoluciones de la Corte IDH.

⁴¹⁴ A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012.

con respecto a la Convención Americana. De esta manera, la Asamblea General de la OEA aprobó el Protocolo de San Salvador relativo a derechos económicos, sociales y culturales el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador. En su vigésimo período ordinario de sesiones, en junio de 1990, en Paraguay, la OEA adoptó un segundo protocolo adicional, relativo a la abolición de la pena de muerte.

4.3 Órganos y mecanismos de supervisión establecidos en el Sistema Interamericano

Cabe resaltar que el Sistema Interamericano está basado en la labor de dos órganos: La Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales serán analizados a continuación.

4.3.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos como tal se inicia en 1948 que es el año en se la conferencia interamericana se reúne en Bogotá, Colombia en que los Estados deciden crear la Organización de los Estados Americanos. En esa misma conferencia de abril de 1948 se adopta la carta original de la OEA y además la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que es el primer instrumento internacional de carácter universal. La Declaración Americana antecede a la Declaración Universal, que es del 10 de diciembre del mismo año. La Declaración Americana es como el punto de partida del sistema y es el nivel de protección básico para todos los Estados de la OEA, reitero aquí lo que dije antes, que la Comisión tiene la facultad de revisar peticiones y casos respecto a todos los Estados porque es un órgano principal de la Organización.

La Comisión se crea en 1959 en Santiago de Chile en una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, que se convocó para crear un órgano con la facultad principal de promover la observancia de los derechos humanos y estimular la conciencia de los mismos en las Américas.

La Comisión tuvo su primera sesión en 1960, inicialmente su mandato era bastante limitado, ya que no tenía la facultad de analizar casos. Sin embargo, empezó a recibir peticiones individuales y las organizaba, las respondía simplemente con un acuse de recibo, no había un trámite, no había un procedimiento, porque la Comisión no tenía la facultad para ello. Eso cambia en 1965, cuando los Estados adoptan el Estatuto de la Comisión y la autorizan a recibir y tramitar comunicaciones individuales y empieza lo que en la actualidad se conoce como el sistema de casos, pero todavía no había un procedimiento definido, no había un esquema como el que existe ahora⁴¹⁵.

El otro hito histórico después de 1965 es la modificación de la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que da a la CIDH el carácter de órgano principal de la OEA. Lo cual es muy importante, porque de ahí se deriva la competencia que tiene la Comisión para conocer de peticiones respecto a todos los países, no solamente los que ratificaron la Convención Americana, es decir que los 35 Estados miembros de la OEA están bajo la *supervisión* de la Comisión, tanto en casos como medidas cautelares, como Informes generales de país y temáticos⁴¹⁶.

El siguiente hito histórico de gran importancia es la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica. La Convención entró en vigencia en 1978 con la ratificación de Grenada, y a partir de este momento todos los Estados que la habían ratificado estaban sometidos a ella. En este tratado se definió claramente el procedimiento de casos, los plazos y todos los demás aspectos, incluida la creación de la Corte Interamericana. Sin embargo, solamente a partir de los años ochenta, la CIDH empezó a someter a la Corte los primeros casos con respecto a los Estados que habían ratificado su jurisdicción, y al finalizar la década el Tribunal empieza a proferir sus primeras sentencias.

⁴¹⁵ LOPEZ GARELLI, Mario. Los grandes aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: conferencia 6. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 35-46.

⁴¹⁶ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. Las obligaciones internacionales de Colombia en materia de DDHH. Conferencia 1a. En: *Primera clínica legal en litigio estratégico en derechos humanos y control difuso de convencionalidad del 25 al 27 de agosto de 2014*. Medellín: Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín.

Si bien, originalmente, se pensó que la CIDH sería un órgano regional que realizaría actividades de “*promoción y educación*” en DH, a partir de la realización de estudios, simposios y otras actividades políticamente irrelevantes y jurídicamente no vinculantes, con lo cual su función sería más simbólica que efectiva. Hoy la Comisión tiene una labor activa en la fiscalización del respeto, protección y garantía de los derechos humanos gracias al mandato expreso de la Carta de la OEA, la cual en su artículo 106 establece que la CIDH tendrá como función principal, la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”.

Para cumplir con su misión, la CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares: a) el Sistema de Petición Individual; b) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y c) la atención a líneas temáticas prioritarias. A través de este andamiaje, la Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación.

Por lo anterior las funciones que tiene la Comisión dentro del sistema americano han tenido un gran impacto. La Comisión no solamente contribuye al avance, al progreso de los derechos en las Américas a través de los casos individuales, sino también a través de reformas estructurales. Esto es muy importante porque la Comisión lo puede hacer tanto a través de un caso, en la decisión se determina no solamente la situación de esa persona y se busca la reparación de las violaciones cuando la Comisión así lo encuentra, sino también se busca adoptar *medidas de no repetición*⁴¹⁷. Cuando un caso concluye en el ámbito de la Comisión, se busca obtener cierto tipo de medidas que pueden ser legislativas o de otro carácter, con el fin de evitar que se vuelva a repetir el tipo de violaciones que se constató en el caso individual.

A diferencia de la Corte, la CIDH tiene muchas otras funciones de carácter general, así como una serie de relatorías temáticas, que son asignadas a un comisionado o a un experto independiente, la atención especializada de un derecho o de un cierto grupo de personas. Las relatorías que tiene la Comisión en la actualidad son⁴¹⁸:

⁴¹⁷ LOPEZ GARELLI, Mario. *Los grandes aportes de la Comisión Interamericana...*, Op. Cit.

⁴¹⁸ *Ibíd.*

- Relatoría de los derechos de las mujeres.
- Relatoría de los indígenas
- Relatoría sobre derechos de los migrantes y sobre movilidad humana.
- Relatoría especial sobre libertad de expresión
- Relatoría de derechos de la niñez.
- Relatoría de derechos de los defensores de los derechos humanos y sobre independencia judicial.
- Relatoría de personas privada de la libertad.
- Relatoría sobre derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial.
- Relatoría de los derechos de las personas LGTBI.

Asimismo, hay una Unidad de DESC que fue creada como consecuencia de una importante discusión política entre los Estados miembros como parte del diálogo entre los Estados, la Comisión y también las personas individuales y víctimas.

En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el *principio pro homine*, según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser humano, la necesidad de acceso a la justicia y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades⁴¹⁹.

En la actualidad la Comisión está integrada por 7 expertos que actúan a título personal. La competencia de la misma opera respecto a todos los Estados miembros que deben cumplir un mandato de promoción y protección de los Derechos Humanos. Su competencia está determinada en virtud de las facultades que le otorga tanto la Carta de la OEA, como sus propios estatutos y reglamento que le atribuyen jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la organización, a los cuales supervisa en virtud de la declaración americana, pudiendo en razón de tal función publicar informes, realizar visitas *in-loco* o emitir comunicados de prensa⁴²⁰.

Así mismo, la Comisión puede tramitar y resolver casos individuales de violación de derechos humanos y en caso de incumplimiento de sus recomendaciones por parte de

⁴¹⁹ *Ibíd.*

⁴²⁰ UPRIMNY, UPRIMNY y PARRA, Op. Cit., p. 33.

los Estados puede decidir llevar el caso a la Corte Interamericana. Adicionalmente, en ejercicio de este mandato puede ordenar la adopción de medidas cautelares urgentes o solicitar a la Corte la adopción de medidas provisionales.

Con respecto a la cuestión del impacto y del efecto que tienen los casos de la Comisión, es necesario recordar el rol que ha tenido la misma en otros momentos históricos, y en las transiciones de los gobiernos autoritarios, porque en la mayoría de los países que hacen parte del Sistema Interamericano, en la actualidad hay democracias electorales⁴²¹ pero no siempre ha sido así. Al respecto, valga recordar a los gobiernos militares, que se caracterizaron por violaciones sistemáticas a los derechos humanos como una “política de Estado”, es decir, que desde la cúpula del poder se decidía la política de represión que en algunos casos era dirigida a ciertas personas que incluso llegaban a la eliminación física, programada y sistemática de los opositores.

Por ejemplo, en *Argentina*, una vez que se desató la represión, fue tan descontrolada, que cualquiera que se cruzara con los agentes del Estado, podría ser considerado como su enemigo, aunque no tuviese ningún vínculo con el mismo. Por eso, la Comisión hizo una visita in loco a Argentina en 1979, y pudo constatar en medio de esa política de Estado, graves violaciones a los derechos humanos que incluían: tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, eliminación de todo tipo de expresión contraria al gobierno⁴²².

Y es que en ese momento la mayoría de los Gobiernos latinoamericanos eran militares y estaban aliados, por lo que era bastante difícil que en la OEA se lograra algún tipo de pronunciamiento. No obstante, y a pesar de que la situación de Argentina estaba siendo negada en la OEA por el Gobierno militar de ese entonces, gracias a la independencia y a la autonomía de la Comisión, ésta logró publicar un Informe en 1980 para que la comunidad internacional supiera lo que estaba pasando en ese país y el Gobierno de facto no pudiera seguir negándolo, lo que contribuyó a su salida del Gobierno militar unos años más tarde⁴²³.

⁴²¹ LOPEZ GARELLI, Mario. *Los grandes aportes de la Comisión Interamericana...*, Op. Cit.

⁴²² RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel..., Op. Cit.

⁴²³ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Argentina (11 de abril de 1980). OEA/Ser.L/V/II.49. Doc. 19. 11 de abril de 1980, original español.

Otra visita *in loco* muy relevante de la CIDH fue la realizada a *Perú* en 1998. Se daba una situación análoga a la de Argentina, pues el Gobierno peruano de ese momento tenía una posición muy fuerte y apoyo internacional, por lo que negaba cualquier tipo de violación de derechos humanos y cuestionaba a la Comisión y a la Corte, omitiendo cumplir las decisiones de ambos órganos. Finalmente la situación quedó en evidencia en el Informe de la CIDH sobre Perú donde se revelaban todas estas prácticas violatorias; a los pocos años de la publicación del Informe, el entonces presidente Alberto Fujimori huyó de su país. Como todos saben, en este momento está preso, condenado precisamente por el tipo de hechos que se negaban en ese momento.

Otro caso es el de *Honduras*, donde en el 2009 hubo una interrupción del proceso democrático, un golpe de Estado con todas las características. La Comisión se pronunció el mismo día del golpe con un comunicado de prensa en que denunciaba las violaciones, y luego siguió prestando atención muy cercana a la situación y publicó los correspondientes Informes donde da cuenta de la situación constatada.

Las transiciones a la democracia también recibieron un aporte importante de la Comisión, tanto en *Argentina* como en *Perú*, se lograron importantes reformas legislativas. En particular quisiera mencionar las Leyes de Amnistía que protegían a los violadores de derechos humanos en Argentina, y que fueron dictadas bajo presión militar, incluso después los Gobiernos militares. En 1992 la CIDH estableció que las Leyes de Amnistía de *Argentina*, *Chile* y de *El Salvador* eran violatorias de la Convención Americana⁴²⁴, por lo tanto, en cada uno de estos países debían ser derogadas.

Tales leyes se mantuvieron en vigencia durante muchos años, y con posterioridad a los Informes de la Comisión, pero finalmente en el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de *Argentina*, en una de sus decisiones expresó que las Leyes de Amnistía eran contrarias al ordenamiento constitucional argentino. Por cierto, en 1994 Argentina incorporó los tratados de derechos humanos a la Constitución, con lo que terminó la discusión del nivel que tenía la CADH y los demás tratados de derechos humanos que hacen parte del Sistema Interamericano .

⁴²⁴ *Ibíd.*

4.3.1.1 Mecanismos de protección de la CIDH durante los estados de excepción

Por lo anterior, y de conformidad con su mandato la Comisión tiene una labor activa en la fiscalización del respeto, protección y garantía de los derechos humanos durante los estados de excepción mediante cinco mecanismos, y son:

A. Comentarios específicos sobre los estados de excepción contenidos en sus Informes Anuales de Actividades: En varios de sus Informes Anuales, la Comisión Interamericana efectuó consideraciones doctrinales de carácter general sobre los estados de emergencia, y estos criterios, como la propia CIDH expresó, deben ser vistos como una interpretación o desarrollo progresivo de la Declaración Americana, de la Convención Americana así como de otros instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales.

En su *Informe Anual de 1978*, si bien reconoció el innegable derecho y deber de que gozan todos los gobiernos de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los Estados, advirtió, al mismo tiempo, que lo anterior no podía servir de justificación para dar cabida al mantenimiento indefinido de estados de sitio durante los cuales se reviste de legalidad las violaciones de los derechos humanos más fundamentales. Y en este sentido *llamó la atención de los gobiernos* respecto de la necesidad de derogar o modificar los estados de emergencia y las leyes de excepción cuando hayan cesado o se hayan atenuado las circunstancias que originalmente le sirvieron de fundamento⁴²⁵.

Por su parte, en su *Informe Anual de 1980* —constatando que numerosos países seguían viviendo bajo estados de emergencia—, la CIDH expresó que este fenómeno "crea un clima de inseguridad y de temor que lesiona ostensiblemente la observancia de los derechos humanos más fundamentales"; instando a estos gobiernos "a derogar el estado de emergencia y a modificar la legislación de excepción a fin de facilitar el efectivo goce de los derechos a la libertad física, a la integridad personal, a la justicia y

⁴²⁵ CIDH. Informe Anual: 1978. OEA/Ser. L/V/II. 47. doc. 13. rev. 1. 1979. p. 24.

al proceso regular, a la libertad de expresión del pensamiento y de información y al derecho de reunión y asociación⁴²⁶.

B. Con base en los “Mini-Informes”: La Comisión Interamericana también examina el impacto que los estados de emergencia tienen para el goce y disfrute de los derechos humanos, al estudiar, en sus Informes Anuales, la situación de los derechos fundamentales en ciertos y determinados países “*Mini-Informes*”. Desde la entrada en vigor de la Convención Americana hasta el presente, la CIDH ha elaborado “*Mini-Informes*” sobre la situación de los derechos humanos respecto de la gran mayoría de los Estados Americanos. De todos, y específicamente en materia de situaciones de emergencia, el más extenso es el contenido en su Informe Anual de 1980-1981⁴²⁷.

C. Con base en el estudio de las quejas o comunicaciones individuales: La Comisión Interamericana puede también pronunciarse en torno a la legitimidad de las medidas de emergencia con ocasión del examen de las comunicaciones individuales que le son sometidas. Así, al recibir una comunicación individual en la que se alega la violación de algún derecho garantizado por la Convención Americana y en el supuesto de que ésta pretenda ser justificada por el Estado demandado, argumentando la suspensión del referido derecho, la Comisión puede examinar si las circunstancias ameritaban la declaración de tal suspensión, y si la supuesta violación era necesaria y proporcionada a la emergencia invocada por el Estado. Sin embargo, este mecanismo prácticamente no ha sido empleado por la Comisión Interamericana para revisar la legalidad de las medidas de emergencia.

D. Con base en las quejas o denuncias interestatales: Según el artículo 45.1 de la Convención Americana, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, puede declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte, ha

⁴²⁶ CIDH. Informe Anual: 1979-1980. OEA/Ser. L/V/II. 50. doc. 13. rev. 1. 1980. pp. 114-115.

⁴²⁷ CIDH. “Mini-Informes” sobre El Salvador, Nicaragua, Chile y Paraguay contenidos en el *Informe Anual de la CIDH de 1985-1986*. OEA/Ser. L/V/II. 68. Doc. 8. rev. 1. Original español.

incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica⁴²⁸.

De este modo, todo Estado Parte que haya efectuado este reconocimiento, puede ser demandado por otro Estado Parte en caso de incumplimiento a las garantías de forma y de fondo previstas en el artículo 27 de la Convención Americana. Pero infortunadamente, hasta el presente, ningún Estado ha recurrido a la aplicación de este mecanismo. Esta circunstancia, similar en el Sistema Interamericano y en el de Naciones Unidas, contrasta con la experiencia habida en el seno del Sistema Europeo, donde los Estados partesí han utilizado el mecanismo de comunicaciones interestatales para llevar a cabo un control internacional de las medidas de excepción.

E. Informes Especiales sobre la situación de los derechos humanos en un país determinado "Country Report" o Visitas In Loco: Estos Informes sobre un país determinado, constituyen estudios muy bien documentados y objetivos. En ellos se examina la vigencia o violación de ciertos derechos humanos en un determinado país, por lo general, luego de las observaciones que miembros de la Comisión llevan a cabo como consecuencia de una visita *in loco*, por lo que posteriormente son presentados a la Asamblea General de la OEA para su conocimiento.

En su gran mayoría, estos Informes han sido elaborados por iniciativa de la propia Comisión, por instrucciones de un órgano de la Organización de la OEA y en algunas ocasiones, por un espontáneo requerimiento del Estado afectado. Sin embargo, y a pesar de las causas que hayan llevado a su elaboración, no cabe duda de que han contribuido para modificar la conducta de los Estados en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos, dejando constancia, ante la Comunidad Internacional, si la conducta de un Estado en particular se adecuía o no, a sus compromisos internacionales en esta materia.

Desde la entrada en vigor de la Convención Americana y hasta 1988, la CIDH ha elaborado Informes especiales sobre la situación de los derechos humanos durante los

⁴²⁸ CADH, artículo 45: 1) "Todo Estado Parte, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención o en cualquier momento posterior, puede declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención".

estados de excepción en los siguientes Estados: *Uruguay*⁴²⁹, *El Salvador*⁴³⁰ y *Panamá*⁴³¹, en 1978; *Nicaragua*, en 1978, 1981 y 1984⁴³²; *Haití*, en 1979⁴³³ y 1988⁴³⁴; *Cuba*, en 1979 y 1983⁴³⁵; *Argentina*, en 1980⁴³⁶; *Colombia* en 1981⁴³⁷; *Guatemala*, en 1981, 1983 y 1986⁴³⁸; *Chile*, en 1985⁴³⁹, y *Paraguay*, en 1978 y 1987⁴⁴⁰, *Honduras*⁴⁴¹.

No obstante y a pesar del papel protagónico de la CIDH dentro del sistema americano, en la actualidad no existe una asignación suficiente de recursos, que sea por lo menos proporcional al incremento de casos, medidas cautelares y mandatos, motivo por el cual, la Comisión no está en condiciones de cumplir sus funciones fundamentales, de manera oportuna y eficaz. Además hay que tener en cuenta que lo que hace la Comisión no solo se refiere a los casos, sino que también tiene a una serie de encargos, mandatos o estudios que hacen los órganos del sistema a la Comisión⁴⁴².

Para concluir, es importante advertir que aunque la Comisión tiene funciones universales respecto a todos los países que conforman la OEA, pero en el Sistema Interamericano hay diferentes niveles de protección, dependiendo del país en que una persona se encuentre, lo cual es un obstáculo para que todos los ciudadanos del continente tengan la misma protección con respecto a los derechos humanos.

⁴²⁹ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Uruguay. OEA/Ser.L/V/II.43 doc. 19 corr. 1. 31 de enero de 1978, original español.

⁴³⁰ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en El Salvador. OEA/Ser.L/V/II.46 doc.23 rev. 1. 17 de noviembre de 1978, original español.

⁴³¹ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Panamá. OEA/Ser.L/V/II.44 doc. 38, rev. 1. 22 de junio de 1978, original español.

⁴³² CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Nicaragua. OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3. 29 de noviembre de 1983, original español.

⁴³³ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Haití. OEA/Ser.L/V/II.46 Doc. 66 rev. 1. 13 de septiembre de 1979, original francés.

⁴³⁴ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Haití. OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 9 rev. 1. 7 de septiembre de 1988, original inglés.

⁴³⁵ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Cuba. OEA/Ser.L/V/II.61 Doc.29 rev. 1. 4 de octubre de 1983, original español.

⁴³⁶ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Argentina. OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19. 11 de abril de 1980. Op. Cit.

⁴³⁷ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser. L/V/II 53, doc. 6, rev. 2. 13 de octubre de 1981, Op. Cit.

⁴³⁸ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Guatemala. OEA/Ser.L/V/II.53 Doc. 21 rev. 2. 13 de octubre de 1981, original español.

⁴³⁹ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Chile. OEA/Ser. L/V/II 77, doc. 18, rev. 1. 18 de mayo de 1990, original español.

⁴⁴⁰ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Paraguay. OEA/Ser.L/V/II.71. Doc. 19 rev. 1. 28 de septiembre de 1987, original español.

⁴⁴¹ CIDH. Observaciones preliminares sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010. 3 de junio de 2010.

⁴⁴² LOPEZ GARELLI, Mario. Los grandes aportes de la Comisión Interamericana..., Op. Cit.

Una síntesis de los distintos niveles de protección en el Sistema Interamericano, es la siguiente:

En primer lugar hay países que tienen un *nivel de protección básico*, como ocurre por ejemplo con Estados Unidos, país que hace parte de la OEA, los ciudadanos americanos pueden presentar una petición invocando la Declaración Americana, pero esa petición la resuelve solamente la Comisión, nunca va a llegar a la Corte, porque no se ha ratificado de manera expresa ni la CADH ni la competencia de la Corte Interamericana, en este caso, lo máximo que puede suceder es que la Comisión publique el caso, haga una recomendación y le dé seguimiento.

El *segundo nivel* es el de la persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado que ratificó la Convención Americana pero no aceptó la jurisdicción de la Corte, un ejemplo concreto es Jamaica, en este caso, la persona podrá colocar una petición invocando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Convención Americana, pero la Corte no conoce del caso, solamente la CIDH.

El *tercer nivel* es el de mayor protección a los derechos humanos, en éste el Estado ratificó la Convención y aceptó la jurisdicción de la Corte, por lo que las personas podrán agotar todo el Sistema Interamericano, con la consecuencia de que si el Estado no cumple con la recomendación de la CIDH, la Corte lo podrá declarar responsable, condenándolo por el incumplimiento de obligaciones internacionales.

El último, es el nivel ideal y la aspiración del Sistema Interamericano. *El ideal de la universalidad*, para que todos los Estados de las Américas lleguen a ese grado de protección, a ese grado de aceptación plena de responsabilidades internacionales.

4.3.1.2 Informes Especiales sobre las Visitas In Loco realizadas en Colombia durante el período comprendido entre 1980-2015

La CIDH ha mantenido atenta observación al desarrollo de la situación de los derechos humanos en Colombia, desde hace más de una década, en consideración a la violencia generalizada y sistematizada que ha venido sufriendo el país, y a las múltiples y reiteradas

denuncias sobre violación de los derechos humanos, que ha recibido la Secretaría Ejecutiva de la CIDH atribuyendo la autoría y responsabilidad de las mismas en forma directa, indirecta o compartida, a los agentes del Estado.

A. Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia de 1980: Una vez pasados los convulsionados años setenta y el declive del Frente Nacional, por la distancia de los partidos tradicionales con los problemas nacionales, su esterilidad ideológica y la desviación de los recursos estatales para obtener riqueza personal y beneficios electorales. Debido al descrédito de los partidos, aunado a la sospecha de fraude en las elecciones de 1970, hubo un amplio despliegue nacional e internacional de las denuncias sobre violaciones a los derechos humanos en Colombia, por lo que en el mes de abril de 1980, el Gobierno de Colombia invitó a la Comisión Interamericana para efectuar una visita in loco con el objeto de examinar la situación general de los derechos humanos en Colombia.

La CIDH visitó a Colombia entre el 21 y 28 de abril de 1980, y en su *Informe Especial de 1981* estimó que: “las condiciones derivadas del estado de sitio vigente en forma casi ininterrumpida por varias décadas, se han traducido en una situación endémica que ha afectado, *el pleno goce de las libertades y derechos ciudadanos*, por cuanto, entre otros aspectos, se ha permitido el juzgamiento de civiles por tribunales militares...”⁴⁴³. Pero de manera contradictoria consideró que: “el estado de sitio, por regla general *no ha producido la suspensión de las garantías constitucionales* y que, por sus peculiares modalidades, no ha significado un obstáculo real para el funcionamiento de las instituciones democráticas”⁴⁴⁴. En este Informe la CIDH le formuló al Gobierno de Colombia, las siguientes recomendaciones:

...1) Levantar el estado de sitio tan pronto como las circunstancias lo permitan; y cumplir con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2. Que en el futuro el artículo 121 de la Constitución Política se aplique únicamente en casos excepcionalmente graves...”⁴⁴⁵.

⁴⁴³ CIDH. Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Op. Cit.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁴⁵ *Ibíd.*

B. Segundo Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1990-1992: Este Informe cubre solamente el período de observación directa de las *visitas in situ* efectuadas por la CIDH en 1990 y 1992, e incluye alguna información de 1989, dado el giro copernicano que se introdujo a los estados de excepción en Colombia con la promulgación de la Constitución de 1991. Entre las conclusiones más importantes se encuentran⁴⁴⁶:

La CIDH destaca que en el sistema político y normativo que se inició con la nueva Constitución Política de Colombia de 1991, puede observarse un significativo avance a nivel jurídico en definición y reconocimiento de los derechos humanos. Pero, esos avances normativos constitucionales, son restringidos por las disposiciones legales, específicas y genéricas, que se dictan seguidamente en vía de reglamentación, las que establecen serias limitaciones para el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la nueva Constitución y en la Convención Americana. Por ello le formuló al Gobierno colombiano las siguientes recomendaciones:

Durante más de cuarenta años han estado los colombianos regidos por medidas tomadas al amparo del estado de sitio. La nueva Constitución ha limitado las facultades del Ejecutivo para decretar estados de excepción. Resultaría por ello conveniente que en adelante la declaratoria de los estados de excepción se haga por el Ejecutivo únicamente en casos realmente excepcionales, de extrema gravedad, que pongan en peligro la vida de la Nación, para evitar la tendencia de continuar dentro de una legislación de excepción de manera permanente...⁴⁴⁷

Finalmente, y con respecto a la situación de conflicto armado entre las Fuerzas armadas y los grupos guerrilleros que han cobrado un sinnúmero de víctimas inocentes de la población civil, la CIDH considera importante que se dé cumplimiento a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en particular al artículo 3, común de los Convenios de Ginebra de 1949 y se considere la adhesión al Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados no internacionales.

⁴⁴⁶ CIDH. Segundo Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1990-1992. OEA/Ser. L/V/II 84, doc. 39, rev. 14 de octubre de 1993, original español, p. 21.

⁴⁴⁷ *Ibíd*

C. Tercer Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1999: Abarca el análisis de la situación de derechos humanos en Colombia desde 1993 hasta 1999⁴⁴⁸. La Comisión se encuentra consciente de que la situación de los derechos humanos en Colombia es actualmente una de las más difíciles y serias en las Américas. Por ello, el Informe está dedicado a identificar un gran número de problemas de extrema seriedad que afectan los derechos humanos del pueblo colombiano, como son: la situación de violencia, la administración de justicia, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, los defensores de los derechos humanos, y la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Informe también se ocupa de los derechos de la mujer, los desplazados internos, los indígenas, los niños y las comunidades negras.

Además, en este Informe la CIDH identifica y describe aquellos actos, ya sea reconocidos o presuntamente atribuibles a los grupos armados disidentes, que constituyen las violaciones más emblemáticas, serias y claras a las normas del derecho internacional humanitario, tales como masacres de civiles; el uso indiscriminado de minas anti-personales y otros explosivos, tales como coches bomba y granadas; y la ejecución de combatientes que se encuentran fuera de combate. Pero lo más importante es la responsabilidad que endilga la Comisión al Estado colombiano, por estos actos:

...en esos casos, los miembros de los grupos paramilitares deben ser considerados como agentes del Estado. La información disponible sugiere que, en otros casos, aun cuando no lleven adelante operaciones conjuntas, los miembros del ejército y los paramilitares mantienen fuertes vinculaciones a distintos niveles. Dichas conexiones frecuentemente permiten a las fuerzas de seguridad del Estado requerir a los paramilitares la ejecución de ciertos actos ilícitos con el entendido de que no serán objeto de investigación o juzgamiento ni sanción (...) En otros casos, los agentes del Estado dan su aquiescencia a las acciones de los grupos paramilitares o son responsables por omisiones que permiten a estos grupos cometer actos de violencia...⁴⁴⁹

Aunado a ello, es de notar que para la CIDH aun cuando los agentes del Estado no participen directamente en los actos de violencia, el Estado puede ser internacionalmente responsable por las consecuencias de estos actos, toda vez que preste su aquiescencia o no tome las medidas razonablemente necesarias para prevenir

⁴⁴⁸ CIDH. Tercer Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 1999. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999. Original: Inglés.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*

la violación o juzgar a los responsables de manera eficaz y oportuna. En consecuencia, le advierte al Estado que estos son crímenes de jurisdicción universal y por lo tanto, tiene el deber de reprimir estos crímenes y el derecho de juzgar o extraditar a los responsables.

D. Cuarto Informe Especial sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 2013, Verdad, Justicia y Reparación⁴⁵⁰: El 6 de septiembre de 2012, el Estado de Colombia envió una comunicación a la CIDH, mediante la cual extendió una invitación para realizar una visita al país con el propósito de recopilar información relevante sobre la situación de los derechos humanos en el país, y de manera particular, la situación del conflicto armado interno y los grupos en especial situación de vulnerabilidad; así como evaluar los mecanismos de justicia transicional adoptados por el Estado.

Al emitir su Informe el 31 de diciembre de 2013 la CIDH le señaló al Estado de Colombia que el marco de justicia transicional en Colombia ha sido un tema de atención central para la entidad y reconoce que Colombia ha aplicado mecanismos de justicia transicional a un conflicto armado de carácter no internacional, que no ha cesado, lo cual supone desafíos adicionales.

De este modo la CIDH manifestó que la implementación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005⁴⁵¹) ha permitido develar parcialmente una verdad que hubiera sido imposible de obtener por otros medios, así como ciertas vinculaciones con elementos de la esfera política, lo que constituye un importante punto de partida. Sin embargo, la Comisión observa con preocupación que sus resultados son insuficientes y precarios, pues tomando en consideración que a la fecha de elaboración de este Informe, ocho años después de sancionada la Ley de Justicia y Paz, solo se han proferido diez sentencias de primera instancia, siete sentencias de segunda instancia y solamente han sido condenadas catorce personas. Además, ninguna de esas sentencias se refiere a

⁴⁵⁰ CIDH. Cuarto Informe especial sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 2013, Verdad, Justicia y Reparación. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 49, 31 de diciembre de 2013, original español.

⁴⁵¹ Ley 975 de 2005 (Julio 25) por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial. No. 45.980. Julio 25 de 2005.

quien ostentara la doble condición de máximos responsables y miembros representantes del grupo, ni atienden con suficiencia los hechos criminales que reflejan patrones de macro-criminalidad y macro-victimización⁴⁵².

Así mismo, en este Informe la CIDH al analizar los diferentes obstáculos y falencias en la implementación de la Ley de Justicia y Paz, destaca la demora excesiva de los procedimientos; la extradición de los máximos líderes paramilitares sin una debida priorización de la obtención de verdad, justicia y reparación; limitaciones a la participación de las víctimas; dificultades en materia de reparación; y la promulgación de leyes que ofrecen a los desmovilizados una serie de beneficios adicionales a los ya contemplados en la Ley de Justicia y Paz; entre otros⁴⁵³.

Además, expresa que la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha identificado como elementos esenciales de los derechos establecidos en los *artículos 8 y 25 de la CADH*, la investigación y enjuiciamiento de los casos de graves violaciones de derechos humanos y la ausencia de impedimentos fácticos o legales, tales como la expedición de Leyes de Amnistía. Por ello, la Comisión opina que: “los mecanismos de selección y renuncia de investigación de casos de graves violaciones de derechos humanos en los “macro procesos” podrían plantear incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado”.

En consecuencia, la CIDH le reitera al Estado colombiano que un modelo de justicia transicional debe ser respetuoso de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y que según la jurisprudencia del Sistema Interamericano, la obligación de asegurar la protección judicial necesaria para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, no se encuentra sujeta a suspensión, ni siquiera en tiempos de guerra.

Finalmente, la CIDH destaca los avances alcanzados en los diálogos de paz con las FARC-EP y estima que el logro de la paz en Colombia sería un paso fundamental para la protección de los derechos humanos en el país, y contribuiría a establecer un contexto

⁴⁵² *Ibíd.*

⁴⁵³ Como será explicado en la sección de análisis sobre la Ley de Justicia y Paz, el Estado colombiano manifestó su preocupación por el hecho de que el “desempeño” de estos procesos sea medido con base en el número de sentencias dictadas. Observaciones de Colombia al Proyecto de Informe de la CIDH. Nota S-GAIIID-13-048140, de 2 de diciembre de 2013, párr. 38.

propicio para garantizar la justicia en relación con las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, toda vez que tal como lo ha manifestado el Estado colombiano: “*nada contribuiría más a la protección de los derechos humanos que la terminación del conflicto armado*”.

4.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte, es un órgano convencional, que fue establecido a partir de 1979 cuando entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo al artículo primero del Estatuto de la Corte, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana. La Corte tiene su sede en San José de Costa Rica.

Los Estados parte de la Convención Americana son aquellos que han reconocido la competencia contenciosa del Tribunal. Los Estados miembros de la OEA son 35 y 20 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte; estos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, y Uruguay⁴⁵⁴.

La Corte Interamericana está conformada por siete jueces que pueden ser de cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), pero deben ser nominados por los Estados parte de la Convención Americana. Su mandato es de seis años, y pueden ser reelegidos por una sola vez⁴⁵⁵.

Valga aclarar, que no es una Corte permanente, sino que celebra sesiones ordinarias y extraordinarias, usualmente celebra tres sesiones ordinarias y dos extraordinarias. Durante los períodos de sesiones ordinarios los jueces conocen de los distintos asuntos que se encuentran en trámite ante la Corte. Durante los períodos extraordinarios, en los

⁴⁵⁴ SOLANO, Auxiliadora. El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: conferencia 7. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 47-66.

⁴⁵⁵ Actualmente el presidente de la Corte IDH es el colombiano, Humberto Sierra Porto (colombiano), y el vicepresidente Juez Roberto Caldas, (brasileño).

últimos años la Corte ha venido realizando visitas itinerantes en diferentes países que son Estados parte de la CADH y que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. En esas visitas se celebran audiencias públicas y también se examinan diversos casos que están en trámite ante la Corte Interamericana. A modo de ejemplo, la Corte ha visitado México, República dominicana, Guatemala, Uruguay, y ha visitado tres veces Colombia, dos veces ha estado en Bogotá y una vez en Medellín.

En el capítulo VIII de la Convención Americana, entre los artículos 52 y 73, se establece la organización de la Corte, su competencia, funciones y el procedimiento contencioso y consultivo. En cuanto a la las funciones de la Corte, esta ejerce sus funciones de conformidad a lo establecido en la Convención Americana, su Estatuto y su Reglamento. Tiene dos funciones: la función *contenciosa* (Arts. 61, 62 y 63 de la Convención), actualmente se encuentran en trámite aproximadamente 24 casos contenciosos; y la función *consultiva* (artículo 64), la cual fue una de las primeras funciones que realizó la Corte cuando se instauró. El Tribunal ha emitido 21 opiniones consultivas⁴⁵⁶.

En otras palabras, a la Corte Interamericana le compete una doble función, de un lado, *absolver y emitir opiniones consultivas* que son dictámenes que contienen criterios interpretativos en materia de Derechos Humanos. Igualmente le compete a la Corte una *función contenciosa* a través de la cual resuelve en forma definitiva e inapelable si un Estado es responsable o no de una violación de Derechos Humanos.

En una de sus opiniones consultivas, la Corte señaló que mientras en *materia contenciosa* el ejercicio de su competencia depende normalmente de una cuestión previa y fundamental: el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción, ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. En estos últimos, no hay partes, ni demandados, ni actores; además ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, porque el procedimiento no los contempla. Al contrario, este procedimiento está destinado a facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA, la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición

⁴⁵⁶ El artículo 2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa: "La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1) Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención; 2) Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención".

de la Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

De este modo, la función consultiva de la Corte, calificada por el propio Tribunal como método judicial alterno⁴⁵⁷, tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA. Pero esta facultad también tiene límites, porque mientras los Estados miembros de la OEA, tienen derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos solamente pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia.

En consecuencia, a diferencia de la competencia contenciosa en que solo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la Corte (artículo 61.1)⁴⁵⁸, los sujetos legitimados para solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana son, según lo dispone el artículo 64: i) la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta de la OEA; y ii) todo Estado Miembro de la misma, sea o no Estado Parte en la Convención. Los individuos, en cambio, tienen vedada dicha posibilidad.

Por otro lado, mientras el artículo 1 se refiere a los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana, el artículo 64 expresa que las opiniones

⁴⁵⁷ Sobre este extremo la Corte señaló que la Convención, al permitir a los Estados miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados en esta materia y a los órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Corte I.D.H. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N. 1. párr. 25. Se cita en adelante como OC-1/82. Corte I.D.H. *Restricciones de la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N. 3. párrs. 36 y 43. Se cita en adelante como OC-3/83. Corte I.D.H. *Propuesta de modificaciones a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N. 4. párr. 19. Se cita en adelante como OC-4/84. Corte I.D.H. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987. Serie A N. 9. párr. 16. Se cita en adelante como OC-9/87.

⁴⁵⁸ El artículo 61.1 de la Convención Americana establece: I. Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

consultivas podrán versar sobre la interpretación no solo de la Convención, sino de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas⁴⁵⁹.

En suma, cualquier Estado de la OEA y cualquier órgano principal de la OEA, en particular la Comisión IDH, pueden solicitarle a la Corte, la interpretación de una norma de derechos humanos contenida en un instrumento internacional del sistema interamericano u otros sistemas. Igualmente, un Estado de la OEA puede solicitar a la Corte una opinión sobre la compatibilidad de sus normas internas con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como se dijo antes, hasta la fecha, se han adoptado 21 opiniones consultivas por parte de la Corte. Pero para el tema de los estados de excepción son particularmente importantes las Opiniones Consultivas 8⁴⁶⁰ y 9⁴⁶¹, en ellas, la Corte estableció las garantías judiciales que no pueden ser suspendidas en estados de excepción, entre las cuales se encuentran el hábeas corpus y la acción de amparo, las cuales serán analizadas en el siguiente capítulo.

En la *función contenciosa*, la Corte establece si el Estado demandado es responsable internacionalmente de haber violado o no alguno de los derechos contemplados en la Convención Americana. Pero esta función está limitada a los Estados de la OEA que han ratificado la Convención Americana⁴⁶² y han aceptado la competencia de la Corte Interamericana⁴⁶³.

Por lo tanto, solo pueden presentar casos ante la Corte, la Comisión IDH y los Estados partes de la Convención. Las víctimas no pueden llevar los casos directamente ante la Corte, pero recientemente, en la reforma del reglamento de la Corte, que entró en

⁴⁵⁹ OC-1/82. párr. 14. OC-3/83. párr. 34. OC-5/85. párr. 14.

⁴⁶⁰ Sobre las garantías del debido proceso de carácter inderogable, consúltese el artículo 27 apartado 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También consúltese la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, sobre “El Hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/opiniones-consultivas>.

⁴⁶¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre “Garantías judiciales en Estados de Emergencia”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/opiniones-consultivas>

⁴⁶² De los 35 Estados de la OEA, 25 han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁶³ Colombia ratificó la Convención Americana por medio de la Ley 16 de 1972 y esta Convención entró en vigor para Colombia, el 18 de Julio de 1972. Igualmente, Colombia aceptó la competencia contenciosa de la Corte mediante declaración realizada el 21 de junio de 1985.

vigor en junio de 2001, se autoriza a las víctimas a participar autónomamente en todas las etapas del proceso ante la Corte⁴⁶⁴. Antes, solo podían hacerlo en la etapa de reparaciones.

Además, es importante anotar que el caso debe haber sido tramitado antes por la Comisión IDH, lo cual significa que ni el Estado, ni la víctima, pueden acudir directamente ante la Corte sin haber presentado su queja en la CIDH.

Las diferentes etapas del proceso son: el examen preliminar de la demanda donde se examinan las cuestiones de admisibilidad; la contestación de la demanda y presentación excepciones preliminares por parte del Estado; audiencias sobre excepciones preliminares, sobre el fondo y eventuales reparaciones.

En la sentencia, la Corte determina si el Estado violó o no la Convención Americana. En caso de que la Corte establezca la responsabilidad internacional del Estado, por la violación de un derecho contenido en la Convención Americana, determinará igualmente las medidas de reparación⁴⁶⁵.

En efecto, en los primeros casos de la Corte IDH – llamados “*los casos hondureños*”⁴⁶⁶, pues todos eran contra dicho Estado – sentaron las bases para muchos de los principios de interpretación con los cuales operaría la Corte en los casos subsiguientes. Así, desde un enfoque contextual, más allá del universo discursivo que se crea en el Sistema Interamericano, los primeros casos de la Corte IDH se perciben como individualizaciones ejemplarizantes en una situación generalizada de violencia. Pero frente a dicha crisis sistémica y debido a la falta de independencia de los Estados de la región, en realidad, es muy poco lo que puede hacer la Corte, debido al no acatamiento de los fallos internacionales por parte de los Gobiernos de los Estados latinoamericanos⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Artículo 23 del Reglamento de la Corte.

⁴⁶⁵ Hasta junio de 2006, la Corte ha fallado seis casos sobre Colombia: Caballero y Santana, Las Palmeras, 19 comerciantes, Gutiérrez Soler, Masacre de Mapiripán y Masacre de Pueblo Bello. En estos casos la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado Colombiano por violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana. Están siendo examinados igualmente otros casos.

⁴⁶⁶ Ver: Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras (1987); Caso Godínez Cruz c. Honduras (1989); Caso Fairén Garbí c. Honduras (1989).

⁴⁶⁷ SOLANO, Auxiliadora. El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., Op. Cit.

No obstante, con el paso del tiempo la Corte ha empezado a ejercer un papel activo y político dentro del Sistema Interamericano impulsando la difusión y el cumplimiento de sus resoluciones, censurando determinadas conductas y actividades de los Estados en contra de los ciudadanos, y en las que mediante las reparaciones, la Corte intenta involucrarse en las prácticas políticas y en la creación de políticas públicas y leyes por parte de los Estados.

De acuerdo con el artículo 67 de la Convención Americana, las sentencias de la Corte son *definitivas e inapelables*, y conforme al artículo 68, los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte. También es importante resaltar que la Corte profiere condenas contra los Estados y no contra personas naturales, imponiendo sanciones económicas a favor de las personas víctimas de atropellos que afectaron sus derechos Humanos.

Una vez emitida la sentencia se inicia el trámite de supervisión de cumplimiento. Haciendo un recuento, la Corte puede establecer, por un lado, que el Estado no violó la Convención Americana o que el Estado violó la Convención Americana, caso en el cual determina las medidas de reparación, ya sea en la misma sentencia sobre el fondo o en otra sentencia que indique las reparaciones, como sucedió en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*⁴⁶⁸, en que la Corte emitió una sentencia sobre reparaciones.

En lo que se refiere a las reparaciones, de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención otorga la posibilidad de que una vez declarada la violación de un derecho y con ello establecida la responsabilidad internacional del Estado, este debe de reparar las consecuencias, y a tal efecto la Corte en sus sentencias fija una serie de medidas de reparación que tienen como finalidad la restitución del derecho, es decir, la reparación integral del daño, sufrido por las víctimas o por sus familiares, caso en el cual puede ordenar medidas de indemnización compensatorias como puede ser por daño material, fijando una suma de dinero, por daño moral por las afectaciones o sufrimientos que

⁴⁶⁸ CORTE IDH. Caso Salvador Chirivoga c. Ecuador. Sentencia de fondo y reparaciones del 3 de marzo de 2011.

padecieron las víctimas o los familiares de acuerdo con las violaciones; medidas de satisfacción, garantías de no repetición, y costas legales⁴⁶⁹.

El concepto de reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños. En el caso *Campo algodónero Vs. México*⁴⁷⁰, relacionado con el asesinato de mujeres en la ciudad de Juárez, en México, donde tres mujeres fueron asesinadas y sus cadáveres aparecen con una serie de características y condiciones que permiten a la Corte concluir que habían sido objeto de violencia contra la mujer por razones de género. Por ello, la Corte señaló que teniendo en cuenta la situación de discriminación, en la que se enmarcaban los hechos ocurridos en el caso, y que esta discriminación estructural había sido reconocida por el Estado, las reparaciones debían tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tuvieran un efecto no solo restitutivo, –restituir integralmente el daño causado–, sino también de corregir, porque en este caso, dada la situación estructural de discriminación contra la mujer, no era admisible una restitución de la misma situación de violencia y discriminación.

En consecuencia, en la referida sentencia, por primera vez la Corte dio un carácter transformador a la reparación, estableciendo medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Al existir impunidad, y no haber investigado los hechos en un plazo razonable, la Corte ordenó investigar las violaciones, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. Así mismo, en el caso *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*⁴⁷¹, sobre desaparición forzada, la Corte ordenó realizar la búsqueda, localizar su paradero, e identificar los restos mortales de la víctima, para permitirle a los familiares el cierre del duelo.

En otros casos se ha reconocido la afección al proyecto de vida de las víctimas, como en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*⁴⁷², el cual trata de una profesional acusada de

⁴⁶⁹ Ver CORTE IDH. Caso Santo Domingo c. Colombia. Sentencia de fondo y reparaciones del 30 de noviembre de 2012.

⁴⁷⁰ CORTE IDH. Caso Campo Algodonero c. México. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y repaciones del 20 de noviembre de 2009.

⁴⁷¹ CORTE IDH. Ticona Estrada y otros c. Bolivia. Sentencia de fondo y repaciones del 27 de noviembre de 2008.

⁴⁷² CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo c. Perú..., Op. Cit.

terrorismo, encarcelada y procesada, por lo que después de ello no pudo proseguir con su proyecto de vida. En el caso *Furlán y Familiares*⁴⁷³ el menor Sebastián Furlán, sufrió un accidente en una propiedad del Estado que le produjo distintos padecimientos, la Corte determinó que su proyecto de vida quedó gravemente afectado, por las diversas dificultades que tendría que enfrentar un niño con discapacidad. Lo más relevante es que la Corte ordenó que las reparaciones tenían que seguir “el modelo social”, ser “integrales”, “multidisciplinarias”, “accesibles”, y no centradas sólo en medidas de rehabilitación “de tipo médico, sino que incluyeran medidas que ayuden a la persona con discapacidad a afrontar las barreras o limitaciones impuestas”. Asimismo, concluyó que debían tener como fin “preservar su dignidad y su autonomía” y mejorar su calidad de vida. La Corte habla de la rehabilitación en relación con el proyecto de vida de Sebastián. Agregó que el Estado debe implementar la obligación de transparencia activa en relación con las prestaciones en salud y seguridad social a las que tienen derecho las personas con discapacidad.

Además, la Corte ha ordenado adecuar normas de derecho interno para hacerlas compatibles con las obligaciones de la Convención, como lo ha hecho en varios casos, uno de ellos es el caso “*La última tentación de Cristo*” Vs. Chile⁴⁷⁴, donde ordenó modificar un artículo de la Constitución Política chilena. También ha ordenado cambios normativos, relacionados con regulaciones sobre terrorismo por la incompatibilidad de varios decretos leyes con la CADH, como ocurrió en el Perú. En otros casos, La Corte ha ordenado nombrar centros educativos, una calle, una plaza, con el nombre de las víctimas, como sucedió en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*⁴⁷⁵, y en el caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*⁴⁷⁶.

En otras ocasiones, le ha ordenado al Estado que dentro de sus instituciones de salud brinde a las víctimas el tratamiento médico y de salud en general, en forma gratuita. También ha ordenado actos de reconocimiento de la responsabilidad internacional, y

⁴⁷³ CORTE IDH. Caso Sebastián Furlán y Familiares c. Argentina. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones del 31 de agosto de 2012.

⁴⁷⁴ CORTE IDH. caso “*La última tentación de Cristo*” c. Chile. Sentencia de excepciones preliminares del 5 de febrero de 2001.

⁴⁷⁵ CORTE IDH. caso Myrna Mack Chang c. Guatemala. Sentencia de fondo y reparaciones del 25 de noviembre de 2003.

⁴⁷⁶ CORTE IDH. caso Contreras y otros c. El Salvador. Sentencia de fondo y reparaciones del 31 de agosto de 2011.

que el Estado exprese públicamente un compromiso de que estos actos no volverán a ocurrir, lo cual sucedió por ejemplo, en el caso *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*⁴⁷⁷, y más recientemente en el caso *González y otras Vs México*⁴⁷⁸, entre otros.

De otro lado, dentro de su *función contenciosa*, la Corte también dictar medidas provisionales, a personas o grupos de personas, en casos de extrema *gravedad y urgencia* con el fin de evitar daños irreparables. Estas medidas buscan proteger derechos como la vida y la integridad personal. Por ejemplo, en el caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*⁴⁷⁹, las víctimas tenían temor de volver a Colombia, porque su vida podría estar en riesgo. Como el caso estaba en trámite ante la Corte, ésta adoptó medidas provisionales para proteger la vida de estas personas.

Valga resaltar que la Corte puede decretar estas medidas en los casos que esté investigando o por solicitud de la Comisión, en los casos que aún no son de su conocimiento. En todo caso, la jurisprudencia de la Corte refleja la evolución en la protección a través de las medidas provisionales, las cuales en principio fueron dirigidas a proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, y con el tiempo las solicitudes se fueron ampliando a distintos derechos en favor de personas determinadas.

5. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En la Europa devastada por la Segunda Guerra Mundial proliferaron las iniciativas tendientes a la cooperación internacional en distintos sectores entre los Estados democrático-liberales, con el convencimiento de que solo así podría garantizarse el desarrollo y el bienestar económico de los pueblos europeos y, además, se evitarían enfrentamientos como los padecidos en la primera mitad del siglo. En el ya famoso

⁴⁷⁷ CORTE IDH. caso Masacre de las Dos Erres vs Guatemala. Sentencia de fondo y reparaciones del 24 de noviembre de 2009.

⁴⁷⁸ CORTE IDH. caso González y otras Vs México. Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones del 16 de noviembre de 2009.

⁴⁷⁹ CORTE IDH. caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia. Sentencia de fondo y reparaciones del 8 de diciembre de 1995.

discurso de Zurich, de 19 de septiembre de 1946, uno de los grandes protagonistas de la derrota del nazi-fascismo, el premier británico W. Churchill, llamó a la transformación en pocos años de todo el continente para hacer de él un espacio tan libre y feliz como lo es Suiza en la actualidad. Debemos construir -concluyó- una especie de Estados Unidos de Europa⁴⁸⁰.

Este ambiente, llevaría a la convocatoria en mayo de 1948 del Congreso de La Haya, que reunió a más de mil delegados y observadores (políticos, representantes de comunidades religiosas, académicos, periodistas, escritores) de veinte Estados europeos. Se evidenció de este modo la fortaleza del movimiento a favor de la unificación europea⁴⁸¹, aprobándose numerosas resoluciones entre las que, deben destacarse las relativas a la creación de una asamblea consultiva elegida por los Parlamentos nacionales, la elaboración de un Carta de derechos humanos y la creación de un Tribunal para garantizar su cumplimiento.

Por lo tanto, la Unión Europea surgió del anhelo de paz así como del hastío del conflicto en que la II Guerra Mundial sumió a los países europeos. Dado que las confrontaciones que desde la Guerra franco-prusiana se habían venido desarrollando en el continente tenían a Francia y Alemania como protagonistas, se dispuso la creación de una asociación que incluyendo a estos dos países pusiese en común la producción de dos sectores industriales esenciales: carbón y acero.

En este contexto, aparece la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), cuyo Tratado Constitutivo se firmó en París en 1951⁴⁸², primer paso de lo que más adelante serían las Comunidades Europeas, completadas en 1957 mediante el Tratado de la Comunidad Económica Europea y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁴⁸³. Se plantea también en este momento la iniciativa que concluyó con la firma

⁴⁸⁰ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁴⁸¹ En el que existían dos grandes orientaciones: la favorable a la puesta en marcha de una federación europea (encabezados por Francia y Bélgica) y la de quienes proponían estructuras de cooperación intergubernamental (por ejemplo, Gran Bretaña, Irlanda y Suecia).

⁴⁸² Tratado que ha expirado el 23 de julio de 2002, tal y como se preveía en su art. 97.

⁴⁸³ Es de sobra conocido que los tres Tratados fundacionales fueron reformados sucesivamente mediante el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), que creó la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001) (las fechas que figuran entre paréntesis corresponden al año de la firma de los respectivos Tratados). Recientemente la Conferencia Intergubernamental ha cerrado en Bruselas, el día 18 de junio de 2004, el texto del Proyecto de Tratado por el que se instituye

del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (CED) en mayo de 1952, que fracasó en 1954 al aplazarse *sine die* su ratificación por la Asamblea Nacional francesa. Se elaboró también un proyecto de Comunidad Política Europea en 1953 que instituía una Comunidad europea de carácter supranacional e indisoluble, provista de personalidad jurídica, y una Asamblea común para la CECA y la CED, pero esta última también fracasó.⁴⁸⁴

Seis años después, con la firma del Tratado de Roma (1957), estos mismos países constituyeron dos nuevas comunidades, una de carácter sectorial (Comunidad Europea de la Energía Atómica/EURATOM) y otra como marco de políticas comunes (Comunidad Económica Europea/CEE). Un año después el Parlamento Europeo se reunió en Estrasburgo por vez primera.

En los años 60, se produjo la fusión de los órganos ejecutivos de las tres comunidades europeas, se creó la Política Agraria Común (PAC) y se concluyó el desarme arancelario constituyéndose una unión aduanera. Tras la adhesión, en 1973, del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, se introdujo el sufragio universal directo para la Eurocámara en 1979, año en el que también entró en vigor el Sistema Monetario Europeo (SME).

Los años 80 estuvieron marcados por la adhesión de Grecia (1981), España y Portugal (1986), y por la reforma del Tratado de Roma mediante la firma del Acta Única Europea, por la que la CEE pasó a llamarse Comunidad Europea.

El Tratado de Maastrich o Tratado de la Unión Europea (1992) supuso la articulación de la Comunidad Europea en torno a tres pilares: el comunitario (Político, Económico y Monetario preexistente), la cooperación en política exterior y de seguridad común (PESC), así como justicia e interior.

Tras la adhesión de Suecia, Finlandia y Austria (1995), en marzo de ese año entró en vigor el Tratado de Schengen -entre España, Portugal, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Holanda- sobre supresión de fronteras (al que ya pertenecen todos los

una Constitución para Europa, la firma del cual se prevé para el mes de octubre del mismo año, una vez traducido a las 21 lenguas oficiales de la Unión.

⁴⁸⁴ Sobre todas estas iniciativas resulta de indispensable consultar los tres primeros capítulos la obra de A. Truyol y Serra, *La integración europea*, vol. I, Madrid, 1999, , pp. 19-53.

países de la UE excepto Bulgaria, Rumanía, Chipre, Irlanda y Reino Unido). Asimismo, el Tratado de Ámsterdam (1999) modificó el de Maastricht ampliando los derechos de ciudadanía europea y la cooperación en materia de empleo y creó el cargo de Alto Representante del Consejo para la PESC que se convertiría, con el Tratado de Lisboa, en el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

En diciembre de 2000, se aprobó en el Tratado de Niza, modificándose tras las complejas negociaciones sobre el reparto de poder en las instituciones comunitarias para adaptarlas a la nueva ampliación de la Unión con diez nuevos candidatos (República Checa, Hungría, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Lituania, Letonia, Estonia, Chipre y Malta). Además, se aprobó la Carta de Derechos Fundamentales.

En 2002, tras entrar en circulación el "euro" en doce países, entre ellos España, se puso en marcha la Convención Europea encargada de redactar una Constitución, presentada oficialmente en 2003.

En mayo de 2004, tuvo lugar la mayor ampliación de la UE con el ingreso de diez países procedentes principalmente del este de Europa. Ese mismo año, los Veinticinco firmaron en Roma el Tratado que establecía una Constitución para Europa, pero el rechazo de Francia y Holanda en sendos referendos supuso el abandono del proyecto.

En 2007, los 27 estados de la Unión -tras la adhesión de Rumanía y Bulgaria- acordaron negociar un tratado de reforma. A tal fin se firmó el Tratado de Lisboa (2007) a partir del cual quedaron institucionalizados el Consejo Europeo (con un Presidente permanente por dos años y medio, renovables por un segundo mandato) y la figura del Alto Representante/Vicepresidente de la Comisión, así como un Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) compuesto de funcionarios de las instituciones y miembros de los servicios diplomáticos nacionales. Asimismo, el Tratado ha generalizado el procedimiento legislativo ordinario dotando al Parlamento Europeo de nuevas competencias legislativas y haciendo ganar a la Comisión Europea en eficacia e independencia.

Como consecuencia de la crisis financiera que desde 2009 vive la eurozona (constituída por dieciocho de los veintiocho actuales Estados miembros), todos los

países de la UE (a excepción del Reino Unido y República Checa), sellaron su compromiso con la disciplina presupuestaria mediante la firma del Tratado para la Estabilidad, la Coordinación y la Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2009.

Así mismo, valga resaltar que desde el 1 de diciembre de 2014, cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, quedan suprimidas las limitaciones del control judicial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la función de la Comisión como guardiana del Tratado en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, lo que significa que la Comisión tendrá la facultad de iniciar procedimientos de infracción si no se ha aplicado correctamente el Derecho de la UE (acordado previamente por los Estados miembros por unanimidad).

En suma, la construcción europea es un proyecto único que ha logrado que los Estados europeos hayan superado un pasado marcado por el conflicto y desarrollen conjuntamente un nuevo marco común de entendimiento político, económico y social. El singular valor que la Unión Europea representa, como ejemplo de superación de la división, así como de esfuerzo para la consolidación de un continente pacífico y próspero, le ha valido el reconocimiento del Premio Nobel de la Paz 2012. De hecho, con la reciente adhesión de Croacia como miembro número 28 y con cinco Estados candidatos, el atractivo del ingreso en la familia europea sigue intacto, y supone un estímulo general de reformas, testimonio de la fuerza modernizadora y pacificadora de la Unión Europea, que es su mayor éxito y su garantía de futuro.

5.1 El Consejo de Europa

El Art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa define como objetivo de la organización, la realización de una unión más estrecha entre sus miembros y la promoción de los ideales y de los principios que son su patrimonio común. (apdo. a), entre los que se encuentran, a la luz del Preámbulo del Estatuto, la libertad individual, la libertad política y la preeminencia del Derecho. Aquel objetivo se perseguirá a través de los órganos del Consejo mediante la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (apdo. b), sin perjuicio de la contribución de sus

miembros a la tarea de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones o uniones internacionales de las que sean parte (apdo. c).

El Art. 3 del Estatuto impone a todo miembro del Consejo el reconocimiento del principio de la preeminencia del Derecho y del principio en virtud del cual toda persona sometida a su jurisdicción debe disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se prevé, además, para los casos de vulneración grave de lo establecido en el Art. 3 la suspensión del derecho de representación del Estado, la invitación por el Comité de Ministros a retirarse del Consejo y, de no atenderse dicha invitación, la expulsión por el citado Comité (Art. 8)⁴⁸⁵.

La estructura orgánica fundamental del Consejo de Europa (Arts. 10 y ss.) consta de un Comité de Ministros y de una Asamblea Consultiva (Asamblea Parlamentaria). Del primero forman parte los Ministros de Asuntos Exteriores (o sus suplentes) de todos los Estados miembros; de la segunda, un número de representantes de los Parlamentos nacionales elegidos por éstos de entre sus miembros⁴⁸⁶. En el marco de las finalidades del Consejo, el Comité de Ministros elabora Recomendaciones y la Asamblea parlamentaria, Resoluciones. No se trata, en ningún caso, de textos jurídicos que obliguen a los Estados parte sino, más bien, de orientaciones no vinculantes. Además, en el seno del Consejo se concluyen Convenios internacionales que se abren a la firma de los Estados miembros para su posterior ratificación⁴⁸⁷.

El papel que el Consejo de Europa ha jugado desde hace más de medio siglo, ha sido fundamental. Se le ha calificado, con propiedad, como el “*club de las democracias europeas*” que integra lo que se ha denominado la gran Europa, frente a la pequeña Europa que estaría representada por los veinticinco Estados de la Unión Europea. Cabe

⁴⁸⁵ En 1981 la Asamblea Parlamentaria privó a Turquía, tras un golpe de estado, de los escaños que en su seno le correspondían. Sólo en 1984, tras la celebración de elecciones libres, Turquía recuperó su representación. Años antes, en 1969, y siempre tras un golpe de estado, Grecia se retiró del Consejo horas antes de su expulsión por el Comité de Ministros.

⁴⁸⁶ El número de representantes parlamentarios de cada país (que parece guardar una cierta relación con la población) figura en el art. 26 del Estatuto del Consejo de Europa, que se ha modificado sucesivamente para acomodar a los Estados que se han ido incorporando a la organización. El mínimo de representantes es de dos (Andorra, Liechtenstein y San Marino) y el máximo de dieciocho (Francia, Alemania, Italia, Rusia y Reino Unido). España tiene doce, al igual que Turquía, Ucrania y Polonia.

⁴⁸⁷ Algunos de estos Convenios, el total de los cuales es en la actualidad de casi doscientos, han sido firmados por Estados no miembros, incluidos Estados no europeos y, también, las Comunidades Europeas. La lista completa de los Convenios puede consultarse en <http://conventions.coe.int>.

destacar, que la extinción de los regímenes autoritarios que han sobrevivido hasta tiempos muy recientes en el continente europeo ha provocado un incremento notable del número de países miembros del Consejo, y la incorporación al mismo se considera una suerte de aval a la condición democrática del Estado adherente⁴⁸⁸.

Así sucedió con Portugal (1976) y España (1977), tras la desaparición, respectivamente, de los respectivos regímenes autoritarios del General Salazar y del General Franco, y así ha ocurrido, más recientemente, con las nuevas democracias del centro y del este de Europa, que emergieron tras la caída del Muro de Berlín y el desmoronamiento del imperio soviético. En este último caso, y durante los años noventa del pasado siglo, las transiciones democráticas fueron reforzadas mediante programas específicos puestos en marcha por el Consejo de Europa con el objeto de orientar en la reforma de los Estados, sectores claves como: el establecimiento de un Poder Judicial independiente, la adecuación de la propia legislación a los estándares del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la conformación de una nueva función pública, y hasta en la elaboración de los textos constitucionales⁴⁸⁹.

No pueden, sin embargo, ocultarse los problemas de todo tipo que emergen en un Consejo de Europa ampliado a cuarenta y siete miembros, entre los que se incluyen, además de los 28 estados de la Unión Europea, prácticamente todos los Estados europeos, salvo Bielorrusia: Rusia y los antiguos integrantes de la Unión Soviética, los países bálticos, los balcanicos, los de Europa central etc. Los Estados del sur de Europa se integraron en los años setenta (España, Portugal y Grecia que salió del Consejo de Europa y se integró al término la dictadura de los coroneles). En los años noventa se adhirieron los Estados de Europa central y Europa del este, incluidos los caucásicos, etc. En todo caso, la jurisdicción del Tribunal Europeo se extiende hoy a 800 millones de personas⁴⁹⁰.

En este panorama al interior del Sistema Europeo se presentan distintas realidades sociales, económicas y políticas muy alejadas entre sí; se trata, quizá, de un mal menor por cuanto la pertenencia al Consejo bien puede servir para garantizar unos mínimos

⁴⁸⁸SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁴⁸⁹ Ibíd.

⁴⁹⁰ MORTE GÓMEZ, Carmen, *El Sistema Europeo de Derechos Humanos...*, Op. Cit.

que se asumen transitoriamente y que, en caso contrario, brillarían por su ausencia tratándose de un Estado no-miembro⁴⁹¹.

5.2 El Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma de 1950)

El 4 de noviembre de 1950 el Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos) se firmó en Roma, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, tras el depósito de diez instrumentos de ratificación. Para España, entró en vigor el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su instrumento de ratificación.

El Convenio dio concreción a disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa. En los párrafos primero, segundo y quinto del Preámbulo del Convenio se hacen tres referencias explícitas a la Declaración Universal de Derechos Humanos. El párrafo quinto es del siguiente tenor:

...Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal...

La referencia a la “garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal” es importante, pues el establecimiento y puesta en práctica de un complejo mecanismo institucionalizado de garantía con el fin de asegurar el respeto efectivo de las obligaciones asumidas por los Estados partes, es sin lugar a dudas, el signo más característico y distintivo del Convenio Europeo de Derechos Humanos; igualmente significativas son las palabras “tomar las primeras medidas adecuadas”,

⁴⁹¹ Algunos autores, han puesto en evidencia que la ampliación del Consejo a ciertos Estados del este de Europa (Armenia, Azerbaiján, Bosnia-Herzegovina y Serbia- Montenegro, Rusia frente a Chechenia etc.) que son incapaces de respetar el compromiso fundamental inscrito en el artículo 3 del Estatuto, supone una rebaja de los estándares del Consejo de Europa que afecta a la credibilidad del sistema europeo y plantea igualmente el problema del respeto a los compromisos asumidos por los Estados miembros del Consejo de Europa.

porque pusieron de manifiesto que el Convenio no fue concebido como algo definitivo sino, por el contrario, como un primer paso y un punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos⁴⁹².

El rasgo más característico y significativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos consistió en la instauración, en 1950, de un complejo mecanismo institucionalizado de garantía jurisdiccional integrado por tres órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en razón de la naturaleza facultativa de la jurisdicción del Tribunal⁴⁹³.

En sus inicios, la Comisión podía conocer de demandas de un Estado parte contra otro Estado parte en el Convenio, o de demandas deducidas por particulares. En el primer caso, su competencia era obligatoria; en el segundo, en cambio, facultativa u opcional. La Comisión estaba encargada de decidir acerca de la admisibilidad de las demandas, establecer los hechos, contribuir a los posibles arreglos amistosos y, en su caso, emitir una opinión acerca de si hubo o no violación del Convenio, opinión que la Comisión remitiría al Comité de Ministros del Consejo de Europa⁴⁹⁴.

El Tribunal, de jurisdicción voluntaria u opcional, quedaba encargado de dictar una sentencia definitiva y vinculante en los asuntos que le fuesen sometidos por la Comisión o por un Estado parte interesado en el caso, bien por haber sido el Estado demandante o el Estado demandado ante la Comisión, o por ser el Estado del que el particular demandante fuese nacional. En los casos que no pudieran ser sometidos al Tribunal porque el Estado demandado no hubiera aceptado su jurisdicción, así como en aquellos otros, en los que la Comisión o un Estado parte no sometieran al Tribunal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa tendría competencias cuasi-jurisdiccionales para adoptar una resolución definitiva y vinculante acerca de si hubo o no violación del Convenio, atribuible al Estado que hubiere sido demandado ante la Comisión, por otro Estado parte en el Convenio, o por un particular que se encontrase bajo su jurisdicción,

⁴⁹² SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁴⁹³ ⁴⁹³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 395-440.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*

siempre y cuando el Estado demandado hubiese aceptado de manera expresa la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares⁴⁹⁵.

En todo caso, el mecanismo jurisdiccional de garantía instituido en 1950 exigía la intervención de dos órganos: la Comisión y el Tribunal, o la Comisión y el Comité de Ministros, si el caso no fuese deferido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por quienes tenían legitimación activa para ello: la Comisión y el o los Estados concernidos por el caso. Por ello, según Carillo Salcedo este mecanismo de protección resultó ser pesado, lento e insatisfactorio:

Este mecanismo de protección resultó ser pesado, lento e insatisfactorio: pesado, por la intervención de dos órganos, la Comisión y el Tribunal o la Comisión y el Comité de Ministros si el caso no fuese deferido al Tribunal; lento, porque no respetaba, al menos en apariencia, uno de los derechos reconocidos en el Convenio: el de la administración de justicia en un plazo razonable; y por último, insatisfactorio para los particulares que alegasen ser víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos,⁴⁹⁶.

En efecto, el Sistema Europeo era insatisfactorio para los particulares, porque de un lado, éstos únicamente tenían legitimación activa ante la Comisión, pero no ante el Tribunal, con lo que el Sistema no respetaba plenamente uno de los derechos contenidos en el CEDH: el acceso a un Tribunal independiente e imparcial; y de otro lado, porque la falta de legitimación activa de los particulares para acceder al Tribunal, facilitaba que un caso fuese decidido por un órgano político, como era el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y no por un órgano judicial independiente e imparcial.

Pero la evolución del sistema fue muy distinta de lo que se había previsto en 1950: todos los Estados parte terminaron por aceptar tanto la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares como la jurisdicción del Tribunal, con lo que la mayoría de los casos eran resueltos por el Tribunal y no por el Comité de Ministros. De este modo, el Tribunal terminó convirtiéndose en la pieza central del mecanismo de garantía, confirmando así el rasgo distintivo del Sistema Europeo de protección de derechos humanos: *su carácter jurisdiccional*.

⁴⁹⁵ *Ibíd.*

⁴⁹⁶ *Ibíd.*

Con el paso del tiempo, el CEDH, ha sido completado por dieciséis Protocolos adoptados entre 1952 y 2015. Pero fue el Protocolo n.º 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, quien modificó radicalmente el mecanismo de garantía establecido en 1950 al instituir como único órgano de control jurisdiccional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria.

Los aspectos positivos de la reforma realizada con el Protocolo 11 fueron según el autor Español Carrillo Salcedo, fueron los siguientes⁴⁹⁷:

1. La creación de un órgano jurisdiccional internacional, que es el único órgano competente para decidir si ha habido o no violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en sus Protocolos adicionales de carácter sustantivo.

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona con carácter permanente y jurisdicción obligatoria, tanto si se trata de demandas interestatales como de demandas deducidas por particulares.

3. En las mismas condiciones que los Estados, el particular tiene legitimación activa ante el Tribunal, por lo que una vez agotados los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, podrá demandar ante el TEDH.

4. Las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el procedimiento del Sistema Europeo, se limitaron exclusivamente a vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el TEDH.

Después de 1998 se han elaborado y abierto a la firma el Protocolo XII (Roma, 2000), que contiene una prohibición general de discriminación en el ejercicio de todo derecho garantizado por la ley, y el Protocolo XIII (Vilnius, 2002), que prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia de tiempo y lugar; el primero de estos Protocolos no ha entrado aún en vigor, mientras que el segundo lo ha hecho, para los Estados que lo han ratificado, en julio de 2003⁴⁹⁸.

Luego, en mayo de 2004, se abrió a la firma el Protocolo XIV, y entró en vigor desde el de junio de 2010, con la finalidad de garantizar a largo plazo la eficacia del Tribunal.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*

⁴⁹⁸ En ambos casos se exige para la entrada en vigor el depósito de al menos diez instrumentos de ratificación. España no ha firmado el Protocolo XII. Por el contrario, sí que ha firmado, *ad referendum*, el Protocolo XIII, que aún no ha ratificado

Este Protocolo reforma la organización interna del Tribunal y las competencias de sus diferentes órganos⁴⁹⁹.

El Protocolo XV se abrió a la firma en 2013, y se pretende reforzar la transparencia y accesibilidad del sistema. Finalmente en el Protocolo XVI abierto a la firma el 2 de octubre de 2013 introduce la posibilidad de que los Tribunales nacionales acudan al Sistema Europeo solicitándole “opiniones consultivas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos humanos y libertades definidos en el Convenio o en sus Protocolos”⁵⁰⁰.

Por otra parte, además de haber ratificado el Convenio, muchos de estos Estados son parte de otros instrumentos adoptados en el seno del Consejo de Europa, los cuales conforman el “*corpus iuris*” de derechos fundamentales en el Sistema Europeo, entre los que cabe destacar⁵⁰¹:

A. La Carta Social Europea, relativa a los derechos económicos y sociales, en vigor desde 1965, con su órgano de control, el Comité europeo de derechos sociales.

B. El Convenio Europeo para la prevención de la tortura, y las penas o tratos inhumanos o degradantes, en vigor desde 1989, que estableció el Comité anti-tortura del Consejo de Europa (CPT), cuya misión es examinar el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, si fuera preciso, su protección frente a la tortura y frente y tratos inhumanos o degradantes.

C. El Convenio-marco para la protección de minorías nacionales, en vigor desde 1998, cuya función de elaboración de Informes periódicos por los Estados es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa asistido por un Comité consultivo, denominado Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), creada en 1993, que tiene por objeto combatir el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel paneuropeo y desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

⁴⁹⁹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁵⁰⁰ Ver Artículo 1 del Protocolo XVI.

⁵⁰¹ *Ibíd.*

D. El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos entró en vigor el 1 de febrero de 2008. Ha puesto en marcha el Grupo de Expertos Sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos (GRETA), encargado de supervisar la puesta en práctica del Convenio, y el Comité que puede adoptar recomendaciones sobre la base del Informe del GRETA.

5.3 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal, con sede en Estrasburgo, funciona de manera permanente y está compuesto por un número de jueces igual al de Estados partes en el Convenio (artículo 20), es decir, 47 Jueces, elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la base de una lista de tres candidatos presentados por el Estado parte de que se trate. Los Jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de entre quienes figuren en una lista de tres candidatos presentada por cada Estado parte. Deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

La amplia composición del Tribunal es una ventaja, porque en cuestiones de gran sensibilidad política o social, evita que las sentencias o pudieran ser percibidas como procedentes de un Tribunal extranjero o restringido, desconocedor de las realidades históricas y sociales del Estado demandado. El elevado número de Jueces, además permite que el Tribunal trabaje en Salas, lo que facilita la consideración del elevadísimo número de demandas que debe resolver⁵⁰².

Los Jueces tienen el deber de independencia, no son representantes del Estado a título personal, y durante su mandato no podrán ejercer una actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad necesaria para un trabajo ejercido a tiempo completo (artículo 21 del Convenio). Desde la entrada en vigor del Protocolo XIV, el mandato de los jueces es por un período de nueve años y no son reelegibles. Finalizan su período cuando alcanzan la edad de

⁵⁰² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. La protección internacional ..., Op. Cit., pp. 395-440.

setenta años, aunque permanecen en sus funciones hasta su sustitución y continuarán conociendo de los asuntos que tuvieron asignados.

Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actúa en Comités formados por tres jueces, en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas del Tribunal designan los Comités por un período determinado. Para la designación de los jueces de cada Sala rige un sistema de rotación a fin de que todos los magistrados puedan participar como titulares⁵⁰³.

La Gran Sala está compuesta por diecisiete jueces, entre los que figurarán el Presidente, el o los Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas, y Jueces designados de conformidad con el Reglamento del Tribunal. Cuando un asunto sea deferido a la Gran Sala, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del Presidente de la Sala y del Juez que haya intervenido a título del Estado parte interesado. La Gran Sala se estructura en dos formaciones compuestas según criterios de equilibrio geográfico e intentando reflejar las diversas tradiciones jurídicas de los Estados partes.

Las cuestiones de organización son tratadas por el Tribunal en sesiones plenarias, en las que participan todos los jueces. El Tribunal tiene competencia de autoorganización y, en ejercicio de la misma, el Pleno es competente para elegir Presidente y Vicepresidente, el Secretario y para adoptar su Reglamento Interno.

El juez elegido a título de un Estado parte en el caso sometido al Tribunal será miembro de pleno derecho de la Sala o de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará a una persona que actúe como juez *ad hoc*.

La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos por quienes tienen legitimación activa para ello. De conformidad con lo dispuesto en los

⁵⁰³ *Ibíd.*

artículos 33 y 34 del Convenio, pueden acudir al Tribunal y deducir demandas ante él⁵⁰⁴.

a) un Estado parte que someta al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos y que a su juicio pueda ser imputado a otro Estado parte (artículo 33 del Convenio);

b) todo individuo, toda organización no gubernamental o todo grupo de personas particulares que aleguen ser víctimas de una violación del Convenio por un Estado parte (artículo 34 del Convenio)⁵⁰⁵.

En todo caso, por *víctima* se entiende, en principio, la persona directamente afectada por el acto u omisión que se considera violación de un derecho. Pero la jurisprudencia del Tribunal ha ensanchado la noción de víctima al entender por tal no solo a la *víctima directa* de la violación alegada sino también a la *víctima indirecta*, es decir, a la persona que pueda demostrar la existencia de un vínculo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho⁵⁰⁶.

De otro lado, el procedimiento para presentar una *demanda interestatal*, o una *demanda de particulares* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue introducido por el Protocolo de enmienda número 11, el cual, como ya se dijo, ha reforzado el carácter jurisdiccional del mecanismo de protección de derechos y libertades. Un resumen de este procedimiento según Carrillo Salcedo consiste en⁵⁰⁷:

Desde el momento en que una Sala registre una demanda, se designará un juez ponente que tendrá por cometido, bajo la autoridad del Tribunal y con asistencia del Secretario y de la Secretaría, preparar el expediente, entablar contactos con las partes, y,

⁵⁰⁴ Ibíd.

⁵⁰⁵ En algunas ocasiones, el Tribunal ha estimado que unas personas podían ser consideradas como víctimas por la mera existencia de una ley, aunque en el caso los demandantes no hubieran podido probar que ésta les había sido aplicada. Tal fue el caso en el *asunto Klass y otros contra Alemania*, relativo a una Ley alemana de 1968 que permitía, aunque con determinadas condiciones, una vigilancia secreta de la correspondencia, los envíos postales y las telecomunicaciones, sin obligación de informar al interesado (sentencia de 6 de septiembre de 1978)

⁵⁰⁶ La progresiva flexibilización de la noción de víctima a través de la jurisprudencia ha llevado incluso a la admisión de la legitimación activa de un particular que potencialmente puede ser víctima de una violación, como ocurrió en la sentencia de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering contra Reino Unido de Gran Bretaña*.

⁵⁰⁷ Ibíd.

si el asunto fuese declarado admisible, llevar a cabo las gestiones necesarias con vistas a un eventual arreglo amistoso.

Las demandas interestatales son sometidas a una Sala. En cambio, las demandas individuales son examinadas por un Comité que comprenderá entre sus tres miembros al juez ponente. El Comité tiene competencia para declarar por unanimidad la inadmisibilidad de una demanda, o para cancelarla del registro y eliminarla del orden del día cuando dicha resolución pueda ser adoptada sin necesidad de un examen más amplio. La declaración de inadmisibilidad es definitiva y frente a ella no cabe recurso alguno. Si la demanda no se considera inadmisibile por el Comité, pasará a una Sala que examinará tanto la admisibilidad de la misma como las cuestiones de fondo; en principio, las resoluciones de las Salas acerca de la admisibilidad se adoptarán separadamente de la cuestión de fondo, y son definitivas.

El examen sobre el fondo de una demanda se efectúa por una Sala de siete jueces o, excepcionalmente, por la Gran Sala. En colaboración con las partes, el Tribunal procede a un examen contradictorio del caso y, si lo estima necesario, a una investigación para el establecimiento de los hechos.

En cualquier fase del procedimiento las partes pueden llegar a un arreglo amistoso, que ha de ser autorizado por el Tribunal y pondrá fin al procedimiento. Además, antes de dictar sentencia, y a condición de que ninguna de las partes se oponga a ello, la Sala podrá en cualquier momento desistir *motu proprio* de un asunto en favor de la Gran Sala en los casos que tengan consecuencias específicas importantes. Con esta posibilidad de desistimiento de la Sala en favor de la Gran Sala se ha querido contribuir a acelerar el procedimiento.

El Tribunal decide mediante sentencia motivada si en el caso que le hubiese sido sometido hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de ellos tiene derecho a unir a la misma su opinión separada, concordante o disidente

En consecuencia, con respecto a las sentencias del TEDH: se deben tener en cuenta tres aspectos esenciales: la autoridad de cosa juzgada; su efecto de cosa interpretada y la reparación de la vulneración declarada por el TEDH⁵⁰⁸

En primer lugar, *la cosa juzgada* resulta de la interpretación sistemática de los Arts. 42 y 44 CEDH. En virtud de la primera de estas disposiciones las sentencias de las Salas serán definitivas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 44, párrafo 2., es decir, salvo que se remita el asunto a la Gran Sala. Una vez se profiera la sentencia en la Gran Sala, ésta será definitiva (Art. 44.1 CEDH). No obstante, el carácter definitivo de la sentencia, dictada por la Sala o la Gran Sala, no impide una eventual *solicitud de interpretación o aclaración* (Art. 79 RTEDH) o *de revisión* (hecho nuevo, Art. 80 RTEDH), posibilidades ambas entendidas muy restrictivamente por el propio Tribunal⁵⁰⁹.

En segundo lugar, el efecto de *cosa interpretada* con efectos *erga omnes*, toda vez que el Tribunal no solo tiene competencias para *aplicar* el Convenio sino también para *interpretarlo*. Las autoridades nacionales, incluidas las judiciales, deben tomar en consideración la interpretación del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia, ya que dicha interpretación les vincula jurídicamente (*Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978).

Por esta vía interpretativa, el texto del CEDH se ha adaptado a la evolución de la realidad europea. En efecto, el principio creado por el TEDH según el cual “*el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales*”, se encuentra anclado en la jurisprudencia del Tribunal (*Mamatkulov y Abdurasulovic*, de 6 de febrero de 2003). En consecuencia, tal como afirma Sainz Arainz⁵¹⁰ el Tribunal de Estrasburgo puede desvincularse de su propia jurisprudencia:

Aunque el Tribunal no está formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores, es preferible, en interés de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, que no se aparte, sin un motivo válido, de sus propios precedentes. Sin embargo, es de crucial importancia que el Convenio se interprete y aplique de forma que sus garantías sean concretas y efectivas y no teóricas e ilusorias. Si el Tribunal

⁵⁰⁸ Más de un ochenta por ciento de las decisiones sobre el fondo del TEDH (Salas y Gran Sala), son de condena al Estado demandado.

⁵⁰⁹ SAINZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁵¹⁰ *Ibíd.*

no mantuviera un enfoque dinámico y evolutivo, dicha actitud podría obstaculizar cualquier reforma o mejora. Comportándose de este modo el TEDH parece aproximarse mucho más a un Tribunal Constitucional de cuanto pueda estarlo a otro de carácter Internacional.⁵¹¹.

Finalmente, el tercero de los efectos de las sentencias del TEDH, es decir, la reparación pecuniaria de carácter subsidiario, que solo deberá concederse por el Tribunal si el Derecho interno del Estado demandado no hace posible la reparación del derecho violado (o la reparación es en sí misma imposible), o solo la hace posible de manera imperfecta (Art. 41 CEDH).

La obligación del Estado condenado es, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, ya se sabe, la *restitutio in integrum*; cuando ésta no pueda llevarse a cabo el Tribunal podrá fijar la satisfacción equitativa. Esto significa que el TEDH debe verificar si el Derecho nacional en juego consiente la completa reparación de la vulneración por él declarada⁵¹². El otorgamiento de la reparación es sometido por el Tribunal a una triple condición: el perjuicio debe ser personal, directo (estricta relación de causalidad entre la violación del derecho y el daño alegado) y cierto (como daño material o moral).

La satisfacción equitativa puede revestir diversas modalidades⁵¹³. En ocasiones el TEDH entiende que la constatación de la violación es en sí misma una satisfacción equitativa, aunque lo más habitual es que la indemnización comprenda tanto los daños sufridos, que el Tribunal fija en equidad de manera global y por lo tanto con un amplísimo margen de discrecionalidad, como la restitución de los gastos ocasionados por el pleito en Estrasburgo⁵¹⁴.

Aunque el TEDH tiende a fijar el monto de la indemnización en la misma sentencia en la que se declara la violación del derecho, en ocasiones, lo hace en una segunda decisión si el demandante y el Estado condenado no alcanzan un acuerdo que puede

⁵¹¹ La singularidad del Convenio, en cuanto instrumento de garantía colectiva de los derechos y libertades destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática facilita el paralelismo apuntado: no en vano el propio Tribunal se ha referido al CEDH como instrumento constitucional del orden público europeo de los derechos fundamentales (*Loizidou*, de 23 de marzo de 1995).

⁵¹² SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁵¹³ Sobre el particular, F. Sudre, *Droit européen et...*, cit., pp. 561-565; J.-F. Renucci, *Op. Cit.*, pp. 629 y ss.; AA.VV., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 568 y ss.

⁵¹⁴ En los últimos tiempos el Tribunal establece también en ciertas circunstancias la restitución de los gastos ocasionados por el litigio en sede nacional.

sugerirse en el fallo de la primera sentencia. Así, por ejemplo, en el caso *Von Hannover* (de 24 de junio de 2004)⁵¹⁵, en el que tras declarar la vulneración del Art. 8 CEDH, se excluye momentáneamente la aplicación del Art. 41 CEDH, se invita a las partes a dirigir por escrito al Tribunal en un plazo determinado sus observaciones sobre este aspecto “y, en particular, a informarle de todo acuerdo al que hayan podido llegar”, y se reserva el procedimiento ulterior delegando en el Presidente de la Sala su convocatoria “si fuera necesario”.

Los Estados parte en un asunto son en principio libres de elegir los medios que emplearán para someterse a una decisión que constate una violación. Si la naturaleza de la violación permite una *restitutio in integrum*, corresponde al Estado demandado su realización, por cuanto el Tribunal no tiene ni la competencia ni la posibilidad práctica de llevarla a cabo por sí mismo. Si, por el contrario, el Derecho nacional no permite o solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación, el artículo 50 (hoy, Art. 41 CEDH) habilita al Tribunal para conceder a la parte perjudicada, si así procede, *la satisfacción que le parezca apropiada*⁵¹⁶.

Las medidas nacionales en las que puede concretarse la reparación pueden ser de muy diverso tipo e intensidad (individuales y generales): así, por ejemplo, el cese de una violación constante en el momento de dictarse la sentencia del TEDH; la plena reparación o *restitutio in integrum*; la reforma de la legislación nacional o de prácticas administrativas que hacen posible la vulneración del derecho. Algunos Estados hacen posible la revisión (reapertura o reexamen.), en ciertos supuestos, de casos decididos por los Tribunales nacionales cuyas sentencias han sido declaradas incompatibles con el Convenio por el TEDH⁵¹⁷.

En ese mismo sentido, conviene señalar que dada la estrecha vinculación existente entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa, el Comité de Ministros de esta Organización Internacional tiene competencias para vigilar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el

⁵¹⁵ La demandante, la Princesa Carolina de Mónaco, solicitaba una indemnización de 50.000 euros por daños morales y el reembolso de otros más de 142.000 de gastos ocasionados a resultas de distintos pleitos celebrados ante los Tribunales alemanes.

⁵¹⁶ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *El Convenio Europeo ...*, Op. Cit.

⁵¹⁷ Esta expresión de plena reintegración ha sido sugerida recientemente por el Comité de Ministros en la Recomendación R (2000) 2, de 19 de enero de 2000.

apartado 2 del artículo 46 del Convenio. Estas competencias de vigilancia y supervisión derivan del carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal, y ponen de manifiesto una dimensión de extraordinaria significación jurídica: la presencia de un mecanismo institucionalizado para asegurar el respeto del Derecho⁵¹⁸.

De otro lado, y con respecto a los efectos de las sentencias proferidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay que señalar que estas tienen “*naturaleza declarativa pero no ejecutoria*”⁵¹⁹. Lo cual suscita un gran problema ya que el hecho de que no sean ejecutorias no implica que carezcan de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico del Estado declarado responsable de una violación del Convenio o de alguno de sus Protocolos adicionales normativos. En otras palabras, el hecho de que no tengan carácter ejecutorio directo no implica la carencia de todo efecto jurídico interno, y de ahí la necesidad de que se establezcan cauces procesales adecuados que permitan dar efectividad a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que éste carece de competencias para pronunciarse sobre el cumplimiento y ejecución de sus resoluciones⁵²⁰.

Pero la mayor dificultad jurídica para la ejecución de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo se suscita cuando el TEDH estima que existió una violación del Convenio que traiga como causa, una sentencia firme dictada previamente por un Tribunal interno.

Y es que a pesar de que la necesidad de regular el problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, España como otros países europeos, han omitido la obligación de establecer en su ordenamiento jurídico los cauces legales oportunos para dar eficacia y ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵²¹. Sobre este problema jurídico el autor español Carrillo Salcedo opina que es necesario realizar un

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. La protección internacional ..., Op. Cit., pp. 395-440.

⁵¹⁹ En el caso *Marckx*, de 13 de junio de 1979, se expresó que las sentencias del Tribunal tienen carácter declarativo y en alguna otra ocasión se ha reconocido que no pueden anular o revisar disposiciones o decisiones adoptadas por las autoridades nacionales (*Pakelli*, de 25 de abril de 1983; *Hauschildt*, de 24 de mayo de 1989; *Brozicek*, de 19 de diciembre de 1989). No obstante, la fuerza obligatoria de la sentencia impone a los Estados, *ex art. 46 CEDH*, una obligación de resultado, constante la libre elección de los medios a utilizar para poner término a la vulneración del derecho establecida por el Tribunal (*Vermeire*, de 29 de noviembre de 1991. *Ibíd.*

⁵²⁰ *Ibíd.*

⁵²¹ *Ibíd.*

nuevo Protocolo Facultativo, que dé una solución homogénea para todos los Estados partes del sistema europeo:

...creo preferible la adopción de un nuevo Protocolo facultativo que dé una solución homogénea a un problema complejo y difícil, que no es meramente técnico sino de la mayor relevancia para la efectividad de la tutela jurisdiccional de derechos y libertades por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este no es un órgano de apelación, ni de casación, ni de revisión de las decisiones de las autoridades judiciales internas, ni tiene competencias para declarar nula una norma del Derecho interno o una decisión de las autoridades administrativas del Estado demandado y declarado responsable de la violación del Convenio, pues su competencia se extiende únicamente a la interpretación y aplicación del Convenio en un caso dado a fin de determinar si el Estado demandado ha o no incumplido sus obligaciones y, en consecuencia, si ha incurrido o no en responsabilidad internacional; pero a él corresponde la aplicación e interpretación de un tratado de protección de derechos y libertades, expresión de un *ius commune* europeo de derechos efectivos y no ilusorios...⁵²²

6. SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Africano de Derechos Humanos tiene su origen en la segunda mitad del siglo XX cuando a partir de los años 50 y especialmente desde 1960 se acelera el proceso de descolonización en todo el continente. En efecto, mientras que el término “derechos humanos” está vigente desde una época relativamente reciente, los pueblos de África han estado luchando durante siglos en África por la libertad, la igualdad, la dignidad y la justicia social.

Es sabido que el proceso de descolonización en África, es la segunda gran descolonización, la primera fue la de América, la segunda es la de África, esa descolonización comienza en los años 60, los 70s y todavía en esta época se están viendo unos procesos interesantes de descolonización en África y en Asia, entonces ese es el contexto que domina en la aprobación de la Carta Africana de Derechos Humanos en 1981.

La Carta africana es un llamado, una crítica radical al colonialismo y a las consecuencias que el colonialismo ha tenido, en el contexto africano. Esto aparece

⁵²² Ibíd.

claramente en el Preámbulo, porque algunos países son independientes, pero otros siguen siendo dependientes económicamente de las antiguas metrópolis, pues las grandes corporaciones llegan al continente africano creando una descolonización parcial o neocolonialismo⁵²³.

En ese contexto, a partir de la segunda mitad del siglo XX fue inevitable que los países africanos —entonces colonias— proclamaran su independencia y soberanía abanderados por el derecho a la autodeterminación, *un derecho de los pueblos por excelencia*⁵²⁴. De ahí, que los nuevos Estados africanos se incorporaron a la Organización de las Naciones Unidas, adhiriéndose a los primeros tratados internacionales de derechos humanos.

La organización que establece el Sistema Africano de protección de los derechos es la Unión Africana (UA)⁵²⁵, por ello en este apartado, en primer lugar se hará un análisis del texto más importante en el continente africano para promover y proteger los derechos humanos, como es la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos, para determinar cuáles son las características más importantes en el contexto africano, en segundo lugar se abordaran los principales instrumentos, y mecanismos de protección de los derechos, los cuales son muy similares a los que existen en el sistema de la OEA, porque existe una Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos⁵²⁶, por lo cual el sistema es un muy parecido, a pesar de sus notables diferencias⁵²⁷, como por ejemplo, la

⁵²³ GÓMEZ ISA, Felipe. El Sistema Africano de Derechos Humanos: conferencia 15. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 67-91.

⁵²⁴ El reconocimiento del principio de la autodeterminación de los pueblos en la Carta Africana refleja la reacción de todo el continente en contra de la esclavitud y el colonialismo.

⁵²⁵ Documento constitutivo de la Unión Africana CAB/LEG/23.15, entrado en vigor el 26 de Mayo de 2001.

⁵²⁶ El Sistema Africano se integra a su vez por un Comité de los Derechos y el Bienestar del Niño, sin embargo, como se trata de un órgano con una competencia muy específica, y dado que se conoce muy poco sobre su labor, no está incluido en el presente trabajo. Este Comité fue establecido por la Carta Africana sobre Derechos y el Bienestar del Niño adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la extinta Organización de la Unidad Africana en Addis Abeba, Etiopía, en julio de 1990 y en vigor desde el 29 de noviembre de 1999.

⁵²⁷ Para una colección de material básico sobre el Derecho los derechos humanos en Africa, ver: HEYNS, C. (Ed.): *Human Rights Law in Africa*, Kluwer. Hasta ahora han sido publicados los volúmenes para 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2002; Las referencias a esta publicación aparecerán como *Human Rights Law in Africa*.

introducción de cierto relativismo cultural en la Carta Africana, la cual en su Preámbulo se refiere a “la tradición y valores de la civilización africana como parámetros para conceptualizar los derechos humanos y los derechos de los pueblos”⁵²⁸

Sobre la diferenciación que hace la Carta Africana entre derechos humanos y derechos de los pueblos, valga resaltar que un significativo número de constituciones africanas reconocen explícitamente un derecho directo ubicado en el pueblo, para proteger las normas constitucionales y de derechos humanos, incluso mediante la lucha política, si dichas normas y derechos son violados⁵²⁹. No obstante, el documento fundacional de la Unión Africana solamente prevé el derecho a la intervención humanitaria en los Estados miembros por parte de la Unión en casos de graves violaciones de los derechos humanos, por lo que en el presente para proteger de manera adecuada los derechos humanos en África es necesario establecer un sistema legal en cada Estado que proteja los mismos, creando mecanismos y recursos idóneos y efectivos. Pero la lucha por los derechos humanos en el continente africano todavía está lejos de terminar o completarse, por las violaciones masivas y generalizadas a los derechos humanos.

En este sentido, aunque la Carta reconoce también la universalidad de los derechos humanos⁵³⁰ al mismo tiempo intenta reafirmar y preservar aquellos baluartes culturales africanos que parecen estar “*en riesgo*” frente a la civilización occidental. Son precisamente estas características las que definen y moldean al Sistema Africano de Derechos Humanos y de los pueblos.

Y es que en África, como en otras partes, lo que ahora se llama derechos humanos encuentra su fundamento en la lucha por afirmar estos valores centrales de la existencia humana. Hoy las Constituciones escritas de cada país africano reconocen el concepto de los derechos humanos; la Organización Intergubernamental de Estados Africanos, y la Unión Africana, considera la realización de los derechos humanos como uno de sus objetivos y principios; y cabe destacar que, el nivel de ratificaciones de los tratados de

⁵²⁸ Ver CARTA AFRICANA, párrafo 5o.

⁵²⁹ El explícito reconocimiento del derecho de resistencia para proteger las normas constitucionales y de derechos humanos está presente en las Constituciones de Benin (1990) (art. 66); Cabo Verde (1992) (art. 18); Ghana (1992) (art. 3(4) y (5)); Togo (1992) (art. 150); Chad (1996) (Preámbulo); y Burkina Faso (1997) (art. 167).

⁵³⁰ Cfr., por ejemplo, el párrafo 7o. del Preámbulo de la Carta Africana.

derechos humanos de las Naciones Unidas por parte de los países africanos está a la par de la práctica mundial⁵³¹. De acuerdo con kabunda badi, “es evidente que existe una concepción africana de derechos humanos compatible con los principios modernos de derechos humanos, por fundamentarse aquella en el espíritu de los antepasados y en la religión tradicional, cuyo trasfondo es el respeto de la *dignidad humana* como valor fundamental⁵³²”.

Por lo anterior, en este apartado será analizado haciendo énfasis en los aspectos principales de los órganos que tienen un mandato específico sobre derechos humanos, es decir, *la Comisión y la Corte Africanas de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

6.1 Instrumentos del Sistema Africano.

6.1.1 La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Tuvieron que pasar varias décadas desde la adopción desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, para que los Estados africanos decidieran comprometerse regionalmente con la protección de los derechos humanos. Sin duda alguna, este tratado es el primer instrumento africano de derechos humanos, resultado del largo proceso de adopción del concepto mismo de "*derechos humanos*" que los Estados africanos hicieron suyo para alcanzar su independencia, principalmente durante los años sesenta. Difícilmente podría afirmarse que los derechos humanos, como tales, existieron en el África precolonial. Incluso durante la colonización del continente, y aun habiendo sido ya planteados en Europa, los colonizadores se negaron a reconocer estos derechos en su expresión máxima⁵³³.

¹⁷⁸ HEYNS, Christof. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 595-620

⁵³² KABUNDA BADI, M.: *Los derechos humanos en África. Teorías y Prácticas*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2000, p. 349. Citado por HEYNS, Christof..., Ibíd

⁵³³ SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. El Sistema Africano de Derechos Humanos y de Los Pueblos. Prolegómenos: Organización y Funcionamiento, UNAM, Facultad de Derecho, 2004, pp. 671-712

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (La Carta Africana), fue abierta a la firma en 1981 y entró en vigor en 1986, y es el primer intento significativo en África para tomar "los derechos en serio"⁵³⁴. En efecto, la estructura del sistema africano de derechos humanos, con base en la Carta africana, goza de un consenso absoluto entre los africanos, toda vez que los cincuenta y tres Estados miembros de la Unión Africana son partes de la Carta, lo cual significa que todos ellos se encuentran obligados a garantizar los derechos ahí contemplados, y que están sometidos a los procedimientos de supervisión y control de la *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*⁵³⁵.

En este panorama, la Carta de Banjul es una declaración original que refleja todas las tensiones y contradicciones presentes en la política regional e internacional de África. En su contenido se aglutina no solo el reconocimiento de los derechos humanos desde la óptica occidental, sino que también incorpora una nueva visión más acorde con la concepción tradicional de la sociedad africana. Pero la Carta también se encuentra muy influenciada por los instrumentos regionales predecesores, es decir, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (Convención Europea) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Convención Americana). Sin embargo, es mucho más garantista que otros sistemas regionales, con respecto a la protección de los derechos humanos, en varios aspectos⁵³⁶, tales como:

En *primer lugar*, la incorporación de los derechos económicos sociales y culturales es un elemento interesante en la Carta Africana, y es distintivo porque en algunos instrumentos internacionales de carácter general aparecen DESC y en otros no aparecen, por ejemplo en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, aparecen tanto derechos civiles y políticos como DESC; la Declaración Universal de 1948 también incorpora tanto derechos civiles y políticos como DESC, pero en la Convención Americana no aparecen los DESC, la CADH regula casi de manera exclusiva a los derechos de carácter civil y político, por lo que el Protocolo de San

⁵³⁴ *Ibíd.*

⁵³⁵ La Comisión Africana se constituyó y reunió por primera vez en 1987 y ha adoptado sus propias *Reglas de Procedimiento* (enmendadas en 1995) y *Orientaciones para los Informes de los Estados* (enmendadas en 1998). *Ibíd.*

⁵³⁶ HEYNS, Christof..., *Op. Cit.*, pp. 595-620

Salvador de 1988, es quien la complementa, regulando los DESC. En el Convenio Europeo tampoco se van a encontrar DESC.

Por lo tanto, La Carta africana es innovadora porque reafirma el concepto de la indivisibilidad de los derechos humanos, es decir, todos los derechos son relevantes, son necesarios para proteger y dar garantía a la dignidad humana, por ello merecen el mismo grado de protección. Por ello en la Carta se separa de los instrumentos tradicionales de derechos humanos que dan preeminencia a los derechos clásicos, es decir, los individuales o liberales, para incluir en un mismo plano a los derechos colectivos —en su sentido más amplio—. En consecuencia, la Carta Africana no solo contempla derechos de las llamadas primera y segunda generaciones —algo por sí mismo único en los diversos sistemas internacionales de derechos humanos— sino además derechos de tercera generación o de los pueblos⁵³⁷.

La idea principal que se refleja es que los *derechos individuales* no son la única piedra angular, y por lo tanto, en la Carta Africana se procura integrar a las tradiciones africanas —preponderantemente con un matiz colectivo o comunitario antes que individual— a la herencia común de los *derechos humanos*. En efecto, una de las características más significativas de la Carta de Banjul es el reconocimiento, en un mismo cuerpo normativo, de derechos que en el ámbito internacional o europeo han requerido de un *reconocimiento progresivo*. Así, junto con los tradicionales derechos civiles y políticos de la primera generación (*igualdad*, Art. 2; *no discriminación*, Art. 3; *libertad de conciencia*, Art. 8), se recogen los derechos sociales, culturales o económicos de la segunda (*derecho al trabajo en condiciones justas y satisfactorias*, Art. 15; *libre participación en la vida cultural de su comunidad*, Art. 17.2) y los denominados derechos de tercera generación (*derecho al desarrollo económico, cultural y social de los pueblos*, Art. 22; *derecho al medio ambiente en un “entorno general satisfactorio”*, Art. 24)⁵³⁸.

De esta forma, los *derechos civiles y políticos* son prácticamente los mismos, sin embargo, en contraste, los *derechos económicos, sociales, culturales* y de los pueblos se encuentran garantizados a la par que aquéllos, porque todos estos derechos se encuentran en un mismo documento y no en diferentes instrumentos como sucede en los

⁵³⁷ GÓMEZ ISA, Felipe. El Sistema Africano..., Op. Cit., pp. 67-91.

⁵³⁸ *Ibíd.*

sistemas europeo e interamericano⁵³⁹. Ya el Preámbulo de la Carta señala que: "los derechos civiles y políticos no pueden dissociarse de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y universalidad, y que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el disfrute de los derechos civiles y políticos".

En consecuencia, la importancia de ambas categorías de derechos es una señal de que la violación a cualquier tipo de derecho, incluso si son colectivos, conlleva necesariamente consecuencias jurídicas que obligan a su reparación; en otras palabras, no existe derecho alguno que no pueda hacerse efectivo o que no esté garantizado⁵⁴⁰. Sin embargo, el talón de Aquiles en la protección de los derechos, es cómo lograr la garantía efectiva de derechos considerados como de "desarrollo progresivo" mediante la denuncia específica contra los Estados.

En *segundo lugar*, La Carta Africana es el único tratado internacional que reconoce, al mismo nivel, derechos humanos individuales, de los derechos colectivos, cuyo beneficiario son *los pueblos*, tales como: el derecho a la igualdad, Art. 19; derecho a la existencia, Art. 20; derecho a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales, Art. 21; derecho al desarrollo económico, cultural y social de los pueblos, Art. 22; derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional, Art. 23; derecho al medio ambiente general satisfactorio, Art. 24.

Al respecto cabe preguntarse ¿por qué en el continente Europeo, Estados Unidos o Canadá no quieren tratar el tema de los derechos de tercera generación y su necesidad imperativa de protección?. A contrario sensu, en África estos derechos son una prioridad, porque el continente africano descansa en la situación de pobreza, de

⁵³⁹ En el marco del Consejo de Europa, los derechos civiles y políticos se encuentran protegidos por la Convención Europea, mientras que la Carta Social Europea, como su denominación lo indica, garantiza derechos sociales. En el Sistema Interamericano, los derechos civiles y políticos se encuentran reconocidos en la Convención Americana; este mismo tratado, en un único artículo, hace una referencia indirecta a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que consiste en la adopción de las medidas que sus Estados partes deben adoptar para garantizar estos derechos —artículo 26—. Los DESC se encuentran garantizados por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador". En el ámbito de las Naciones Unidas, los derechos civiles y políticos se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que los DESC están garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

⁵⁴⁰ Este tema es muy pertinente en el marco del proyecto del protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual se propone crear un sistema de peticiones individuales para demandar la violación a DESC.

exclusión social y de marginación, entonces ante la difícil realidad que enfrentan día a día estas personas, son ellos quienes precisamente incorporan los derechos de la solidaridad, y el derecho al desarrollo, que es sin ninguna duda el más importante en ese sistema⁵⁴¹.

En tercer lugar, la Carta Africana también representa un documento emblemático al incluir por vez primera la noción de "*pueblos*" en un instrumento internacional plenamente obligatorio. Aunado a ello, la Carta también incluye en su catálogo de derechos "*los derechos de los pueblos*". Por eso, algunos autores consideran que la Carta Africana ha logrado establecer un lazo entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos, basados en características esenciales de las sociedades africanas, como son la "solidaridad" en el grupo, construyendo una especie de simbiosis entre el *individuo, la comunidad y la sociedad*⁵⁴². No obstante, en la Carta Africana no puede encontrarse un concepto único de "*pueblo*". Tampoco la Comisión Africana ha determinado con exactitud el término⁵⁴³.

En suma, en la Carta Africana se da un paso más en la protección de derechos, al menos teóricamente, porque al reconocer los derechos individuales, los derechos colectivos y los derechos de los pueblos, es una concepción muy similar a la que tienen por ejemplo algunos pueblos indígenas, en los cuales además de derechos individuales como personas, pueden reclamar derechos como tribu, o derechos a la propiedad colectiva, como sucede con los resguardos. Este resulta ser un aporte fundamental si se da una multi-concepción de los derechos colectivos como comunidades, reclaman el derecho a la tierra, pero no el derecho individual de Felipe Gómez o de María, quienes reclaman el derecho X o Z a ser titular o a asentar una propiedad sobre un determinado territorio, pero en los países occidentales ven con auténtico pavor los derechos

⁵⁴¹ GÓMEZ ISA, Felipe. El Sistema Africano..., Op. Cit., pp. 67-91

⁵⁴² La Carta Africana es el primer instrumento obligatorio en incluir un catálogo extenso de derechos de los pueblos.

⁵⁴³ En varios casos, la Comisión Africana ha considerado que "*pueblo*" es la población de un Estado, aunque "*pueblo*" no es el Estado en sí mismo; en otros casos la Comisión también ha interpretado indirectamente el concepto de pueblo como un grupo identificable por sus ancestros, origen étnico, idioma o hábitos culturales comunes. Por lo tanto, la propia Comisión ha reconocido que existe controversia en la definición de "*pueblos*". Ver SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. El Sistema Africano de Derechos Humanos..., Op. Cit., pp. 671-712.

colectivos⁵⁴⁴. ¿Qué tal la tierra como propiedad colectiva, patrimonio común de la humanidad, inembargable, inenajenable, imprescriptible?

En *cuarto lugar*, y otra novedad respecto a otros textos similares implica el reconocimiento de un catálogo de deberes individuales y colectivos. El capítulo segundo de la Carta (artículos 27, 28 y 29) recoge un catálogo de deberes que todo individuo tiene “para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional”. Esta afirmación presupone una estratificación de los deberes individuales (extensible a los Estados firmantes, de acuerdo con los artículos 25 y 26) que ascienden desde el ámbito familiar hasta el supranacional.

En *quinto lugar*, se establece el *principio de complementariedad y subsidiariedad* entre el derecho internacional y el derecho interno, creando la necesidad de relacionar el acervo internacional con las prácticas tradicionales. En efecto, en los artículos 60 y 61 de dicho instrumento se establece que los principios aplicables por la Comisión Africana de Derechos Humanos respetarán no solo la legislación internacional en la materia aprobada por la ONU, la OUA y otros Estados africanos, sino que tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otros elementos como son las “*prácticas africanas*” “*las costumbres generalmente aceptadas*” “*Los precedentes legales y las creencias*”⁵⁴⁵.

En conclusión, todas estas notas características han hecho de la Carta de Banjul, un instrumento avanzado con respecto de otros textos internacionales o regionales sobre la misma materia por la complejidad y extensión de su contenido. Pero, lo más importante y garantista dentro del Sistema Africano, es que todos los derechos tienen el mismo grado de protección, y son igualmente exigibles, sin importar si son derechos individuales, económicos, sociales, o colectivos, de modo que cabe la posibilidad de la exigencia individual de derechos colectivos, que incluso puede entrar en contradicción con otros derechos individuales⁵⁴⁶. No obstante, también ha suscitado fuertes críticas

⁵⁴⁴ GÓMEZ ISA, Felipe. El Sistema Africano..., Op. Cit., pp. 67-91.

⁵⁴⁵ Las medidas subsidiarias no pueden sustituir al derecho internacional, pues lo que se pretende es conciliar su aplicación, de manera que coincidan con las normas internacionales y los principios generales del derecho.

⁵⁴⁶ GÓMEZ ISA, Felipe. El Sistema Africano..., Op. Cit., pp. 67-91.

por su estructura y contenido, de un lado, por la vaguedad del reconocimiento de derechos, de otro, por la primacía de los derechos colectivos sobre los individuales.

6.2 Órganos de Supervisión de Derechos Humanos

6.2.1 La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Este es el principal órgano de promoción y protección de los derechos humanos en el continente africano. Debe resaltarse que se trata del único órgano contemplado por la Carta para llevar a cabo esas funciones⁵⁴⁷. Formalmente fue establecida el 21 de octubre de 1986, fecha en que entró en vigor la Carta, aunque inició sus actividades en 1987, cuando celebró su primera sesión ordinaria en Addis Abeba, Etiopía. Su sede se encuentra en Banjul, Gambia. Se compone de once miembros, actualmente nacionales de Nigeria, Ruanda, Mali, Mozambique, Mauricio, Botswana, Tanzania, Benin, Gambia, Zambia y Sudáfrica.

Los comisionados realizan sus funciones por un período de seis años al término de los cuales pueden ser reelectos⁵⁴⁸. Los candidatos son propuestos por los Estados partes de la Carta y elegidos por la Asamblea General de la Unión Africana. Al frente de la Comisión se encuentran un Presidente y un Vicepresidente elegidos por los comisionados de entre sus miembros por un período de dos años que puede ser renovado sucesivamente⁵⁴⁹.

El artículo 45 de la Carta Africana otorga un mandato muy amplio a la Comisión. Pueden distinguirse cuatro funciones principales: *de promoción, de protección, de*

⁵⁴⁷ La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue creada mediante otro tratado internacional.

⁵⁴⁸ Artículos 31, párrafo 1o., y 36 de la Carta Africana. Es importante hacer notar que este instrumento no especifica el número de veces que pueden ser reelegidos los comisionados. Compárese, por ejemplo, con el artículo 37 de la Convención Americana, el cual expresamente señala que los comisionados podrán ser reelectos por una sola vez.

⁵⁴⁹ Artículo 42 de la Carta Africana. De igual manera, este instrumento no especifica el número de veces que pueden ser reelegidos estos funcionarios. Al respecto, el artículo 8o. del Reglamento de la Comisión Interamericana señala que su Presidente y Vicepresidente podrán ser reelectos sólo por una vez en cada período de cuatro años.

interpretación y "otras" que le encomiende la Asamblea General⁵⁵⁰. A continuación abordaré los aspectos más relevantes de cada una de ellas:

A. Funciones de promoción: Esta parte de su mandato se encuentra señalada en el párrafo 1o. del artículo 45 de la Carta Africana. Estas funciones incluyen actividades comunes como recolectar documentos; llevar a cabo estudios e investigaciones sobre los problemas en materia de derechos humanos en el continente africano; organizar conferencias, seminarios y simposios; diseminar información; y estimular a las instituciones locales y nacionales de derechos humanos.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Comisión Africana también forma parte del derecho internacional y, como tal, contribuye al establecimiento de los estándares sobre derechos humanos; en este sentido, a través de sus decisiones, la Comisión también realiza funciones de promoción, aunque el defecto más importante en este sentido lo constituye la falta de información disponible al respecto⁵⁵¹.

B. Comunicaciones interestatales o individuales: Los artículos 46 a 59 de la Carta, así como los artículos 88 a 120 del Reglamento de la Comisión establecen los procedimientos para el trámite de casos o comunicaciones en los que se aleguen violaciones a los derechos humanos y de los pueblos garantizados por la Carta Africana. El artículo 46 de la Carta faculta a la Comisión para emplear cualquier método apropiado de investigación al abocar el estudio de los casos, pudiendo recibir información del Secretario General de la Unión Africana o de cualquier otra persona que pueda ilustrarla. En este sentido, cualquier individuo, ONG o institución puede presentar una comunicación ante la Comisión.

Conforme a lo anterior, existen dos modalidades de comunicaciones, hay *comunicaciones interestatales*, porque un Estado denuncia a otro por violaciones de

⁵⁵⁰ El artículo 45, párrafo 3o., de la Carta se refiere todavía a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana. No obstante, cualquier referencia a esta organización debe ser entendida como a la Unión Africana; ya señalamos que este órgano sustituyó desde 2001 a la Organización de la Unidad Africana.

⁵⁵¹ Cfr. Benedek, Wolfgang, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: How to Make it More Effective", *Netherlands Quarterly on Human Rights*, Países Bajos, vol. 11, núm. 1, 1993, p. 29. Ver SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. El Sistema Africano de Derechos Humanos..., Op. Cit., pp. 671-712.

derechos humanos⁵⁵², y hay *comunicaciones individuales* de una persona que considera que sus derechos han sido vulnerados⁵⁵³. Pero hay que reconocer que las *comunicaciones de carácter interestatal* son muy poco frecuentes, porque los Estados tienen auténtico miedo de enfrentarse entre ellos mismos, por cuestiones de derechos humanos, de hecho el último caso del año 1999, es el caso de República Democrática del Congo Vs. Sus países vecinos Burundi, Ruanda y Uganda, por la intromisión de estos países en el conflicto armado del Congo y las violaciones derechos humanos que ocasionaron estas intromisiones. Valga recordar, que en el Sistema de Naciones Unidas las comunicaciones interestatales prácticamente no se utilizan.

Por lo tanto, la mayor parte son casos individuales, son comunicaciones de individuos o de grupos de individuos que consideran que sus derechos han sido vulnerados. Es un elemento importante que quien puede presentar los casos ante la Comisión Africana son los propios individuos o bien ONGs, Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos pueden hacerlo ejerciendo lo que se conoce como *la acción popular*, *la actio popularis* pueden presentar casos en nombre de las víctimas. Por ejemplo el caso SERAC, la cual es una ONG de derechos económicos, sociales y culturales que trabaja en Nigeria junto con el CESR, Center for economical and social rights que tiene su sede en Nueva York, estas dos organizaciones plantearon una comunicación ante la Comisión Africana por la violación sistemática de los derechos del pueblo Oni en el norte de Nigeria en el contexto de las operaciones petroleras de la compañía Shell de explotación de petróleo⁵⁵⁴. Después de ser atacada en repetidas ocasiones porque al parecer carecía de dientes, la Comisión en el presente caso, demostró su valentía, encontrando al demandado culpable de violación⁵⁵⁵.

⁵⁵² El trámite de las comunicaciones interestatales se encuentra establecido en los artículos 47 a 54 de la Carta Africana

⁵⁵³ La expresión "*otras comunicaciones*" a que se refieren los artículos 55 a 59 de la Carta Africana, y 102 a 120 del Reglamento de la Comisión, son aquellas presentadas por sujetos distintos a los Estados, por ejemplo, las personas individual o colectivamente consideradas, las organizaciones no gubernamentales, etcétera. Es importante resaltar que la Carta no se refiere a comunicaciones o peticiones "*individuales*" — como sucede en otros instrumentos internacionales en la materia— sino que simplemente hace una distinción entre aquellas estatales y "*otras*".

⁵⁵⁴ Está comunicación es histórica porque con esta progresiva interpretación, SERAC amplió el alcance y la amplitud de los derechos que los Estados están obligados para defender la Carta, ya que algunos derechos no estaban expresamente previstos en la Carta, por ejemplo, derechos a la alimentación, a la caza.

⁵⁵⁵ Comunicación N° 155/2001 SERAC y Otro vs. Nigeria (2001), 15a anual de actividades. Informe: 2000-2002.

C. Investigaciones *in situ*: la Comisión puede llevar a cabo en el territorio del Estado en contra del cual se hubiere presentado la comunicación. En realidad, este método de investigación no se encuentra previsto por la Carta. No obstante, a través de una interpretación *pro homine*, la Comisión se ha fundado en el artículo 46 de la Carta ya señalado para solicitar a los Estados que le permitan hacer investigaciones en sus territorios, sobre todo si se trata de una situación de emergencia o urgencia⁵⁵⁶.

D. Informes Periódicos: El artículo 62 de la Carta Africana establece que los Estados partes deben presentar cada dos años un Informe sobre las medidas legislativas o de otro tipo que hayan adoptado a fin de dar efecto a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta. Sin embargo, este artículo no es muy preciso y, curiosamente, no señala a qué instancia deben remitirse tales Informes.

Los Informes son examinados públicamente por la Comisión, y en caso de realizarse mediante audiencia, cualquier comisionado puede formular preguntas u observaciones al representante o agente del Estado que se encuentre presente para tal efecto. Las ONG o particulares pueden, asimismo, presentar información adicional —no oficial— a la Comisión para ser utilizada durante el estudio del Informe respectivo.⁵⁵⁷

Al final de este procedimiento, la Comisión Africana elabora observaciones a los Estados a manera más precisa, se trata de sugerencias para mejorar el cumplimiento de los derechos humanos y de los pueblos garantizados por la Carta. Una vez que han sido enviadas las observaciones a los Estados, éstos deben presentar información adicional, y sus comentarios a las observaciones finales de la Comisión. Además, ésta puede transmitir a la Asamblea General sus observaciones y copias de los Informes periódicos, así como los comentarios de los Estados⁵⁵⁸, es decir, ésta no es una obligación y se encuentra sujeta a la discrecionalidad de la Comisión poner tal información en conocimiento de la Asamblea General.

Sin embargo, el mayor problema del mecanismo de Informes es que ni la Carta ni el Reglamento hacen referencia alguna a las consecuencias jurídicas que eventualmente

⁵⁵⁶ Como aquellas señaladas por el artículo 58 de la Carta.

⁵⁵⁷ SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. El Sistema Africano de Derechos Humanos..., Op. Cit., pp. 671-712.

⁵⁵⁸ Artículos 85, párrafo 3o., y 86, párrafos 1o. y 2o., del Reglamento.

puede conllevar el que los Estados ignoren las observaciones de la Comisión. Como no se trata de un procedimiento contradictorio, las sugerencias y comentarios de este órgano no son obligatorios en sentido estricto y, por lo tanto, no conllevan responsabilidad internacional.

E. Función de Interpretación: En la interpretación y aplicación de la Carta Africana, la Comisión debe inspirarse en los instrumentos, principios y estándares internacionales y regionales sobre la materia⁵⁵⁹. En este sentido, una vez que ha estudiado el fondo del asunto, en su decisión de mérito la Comisión debe elaborar recomendaciones dirigidas al Estado responsable en las que señale las medidas apropiadas que deben adoptarse para remediar las violaciones cometidas. En tanto que la Comisión Africana no es un órgano jurisdiccional, sus recomendaciones no son vinculatorias⁵⁶⁰, por lo tanto, el cumplimiento de sus recomendaciones depende en gran medida de la buena disposición del Estado de que se trate.

F. Otras funciones: Por otro lado, la Comisión puede llevar a cabo cualquier otra función que le asigne la Asamblea General de la Unión Africana⁵⁶¹. Sobre este punto en particular, no se encuentra específicamente establecido qué otro tipo de actividades, sin embargo, en varias ocasiones a los comisionados se les ha pedido que participen, por ejemplo, como observadores electorales en distintos países africanos, particularmente en las misiones que eran desplegadas por la antigua Organización de la Unidad Africana⁵⁶². De cualquier manera, el amplio mandato de la Comisión hace prácticamente innecesario buscar la aprobación de la Asamblea sobre otras iniciativas de gran trascendencia⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Cfr. artículos 60 y 61 de la Carta, y Communication 241/2001 Purohit and Moore v. The Gambia, párrafo 47.

⁵⁶⁰ Cfr. "Account of Internal Legislation of Nigeria and the Dispositions of the Charter of African Human and Peoples' Rights", Final Communiqué of the Second Extraordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights. También, Information Sheet núm. 3: Communication Procedure, p. 8, African Commission on Human and Peoples' Rights, http://www.achpr.org/ACHPR_inf_sheet_no.3.doc (última visita el 10 de abril de 2003).

⁵⁶¹ Artículo 45, párrafo 4o., de la Carta.

⁵⁶² Cfr. Murray, Rachel, The African Commission on Human, cit, nota 35, p. 26.

⁵⁶³ Cfr. Flinterman, Cees y Ankumah, Evelyn, "The African Charter on Human.", cit., nota 102, pp. 169 y 170. Sólo por mencionar, en 1990, durante el 17o. período de sesiones la Comisión Africana ofreció sus buenos oficios a Liberia, país en donde prevalecía una situación de violaciones masivas a los derechos humanos debido a un conflicto armado entre el gobierno y fuerzas rebeldes; cfr. Umozurike, U. Oji, "The African Commission on Human and Peoples' Rights", *Review of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, Gambia, vol. 1, 1991, p. 12.

De otro lado, y en cuanto a las *reparaciones*, debe mencionarse que ni la Carta Africana ni el Reglamento, señalan específicamente que la Comisión puede ordenar este tipo de medidas como resultado del trámite de las comunicaciones individuales. De hecho, en la Carta Africana existe una laguna y las reparaciones solamente están previstas para "*casos especiales*" que revelen la existencia de violaciones graves y masivas a los derechos humanos y de los pueblos⁵⁶⁴. Si bien en sus primeros años, en la mayoría de los casos la Comisión simplemente declaraba violados los artículos de la Carta Africana, sin hacer mención alguna a las reparaciones⁵⁶⁵. Actualmente, la Comisión Africana ha empezado a señalar recomendaciones que incluyen reparaciones de carácter económico⁵⁶⁶, pero de los casos decididos hasta el momento, es difícil deducir una práctica uniforme sobre el tema.

6.2.2 La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Carta Africana reconoce una amplia gama de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero además tiene algunos aspectos específicos⁵⁶⁷. Se

⁵⁶⁴ Son las situaciones previstas por el artículo 58 de la Carta. *Cfr.* Benedek, Wolfgang, "The African Charter on Human and Peoples' Rights.", *cit*, nota 54, p. 31.

⁵⁶⁵ Por ejemplo, Communications 64/92, 68/92 y 78/92 Krishna Achuthan, Amnesty International, Amnesty International v. Malawi, Eighth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1994-1995, anexo VI, pp. 387-389.

⁵⁶⁶ Fue hasta 2000 cuando se presentó el primer caso en el que una víctima solicitó compensación económica; *cfr.* Communication 59/91 Embga Mekongo Louis v. Cameroon, párrafo 2o. El caso fue remitido a las instancias locales para determinar el monto de la indemnización. En una comunicación en la cual se declararon violados derechos de la tercera generación, señaló como reparación una compensación económica en favor de las víctimas; *cfr.* Communication 155/96., *cit*, nota 17, pp. 31-44. Compárese, por ejemplo, con la práctica de los órganos interamericanos de derechos humanos. En principio, la reparación incluye siempre una compensación de tipo económico, además de otras que se estimen pertinentes (*cfr.* artículo 63, párrafo 1o., de la Convención Americana). Esto es común también ante la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el concepto de "*justa satisfacción*" (*cfr.* artículo 41 de la Convención Europea), aunque debe señalarse que ha habido casos en los que este Tribunal ha determinado que la sola sentencia constituye suficiente reparación, particularmente tratándose de daño inmaterial y, por lo tanto, no ha concedido el pago de indemnizaciones económicas por ese concepto; *cfr.* a manera de ejemplo, Case of Radovanovic v. Austria, Judgement (Just Satisfaction), 16 de diciembre de 2004, disposición primera de la sentencia. Cabe observar que la Corte Europea ordenó el pago de determinada cantidad pero sólo por los gastos y costas que la víctima había efectuado como consecuencia de las violaciones alegadas.

⁵⁶⁷ En su mensaje de bienvenida de 1979 a la reunión de expertos africanos para la preparación del Proyecto de Carta Africana en Dakar, Senegal, Leopold Senghor, Presidente de Senegal, se refirió al ejemplo establecido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y dijo: «como africanos, no necesitaremos copiar ni competir por la originalidad para obtener originalidad... Ustedes deben mantener constantemente en mente nuestros valores de civilización y las necesidades reales de Africa», reproducido en Human Rights Law in Africa, 1999, pp. 78-79.

han ofrecido diversas razones para explicar porque en la Carta Africana de 1981 únicamente se previó que fuera la Comisión, y no la Corte, el único órgano responsable para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados miembros de la Carta. Por una parte, está la explicación más idealista de que la manera tradicional de resolución de conflictos en África es a través de la mediación y la conciliación, y no a través del mecanismo contencioso que significa un Tribunal. Por otra parte, existe la creencia de que los Estados miembros de la OUA estaban muy celosos de su recién lograda soberanía, y no querían verla limitada por un Tribunal de carácter supranacional.

Pero, la idea de una Corte de Derechos Humanos para África fue retomada en la OUA 13 años después de la adopción de la Carta Africana cuando, en 1994, la Asamblea adoptó una resolución exigiendo al Secretario General de la OUA que convocara un encuentro de expertos a fin de considerar el establecimiento de un *Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos*⁵⁶⁸. Esto condujo, por fin, a la adopción en Addis Ababa, Etiopía, en 1998, del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Derechos Humanos⁵⁶⁹, con la finalidad de darle más “dientes” al Sistema Africano mediante la creación de un auténtico tribunal.

De este modo, la *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* pretende llenar un vacío político y jurídico, y representa una etapa de evolución que reduce, al menos hasta cierto grado, los escollos y desaciertos de los resultados prácticos de la Comisión, sobre todo tratándose de la falta de obligatoriedad de sus recomendaciones. En consecuencia, la importancia del establecimiento de la Corte Africana se fundamenta en la afirmación de que los derechos humanos deben ser amparados por decisiones jurídicamente vinculantes⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ AHG/Res 230 (XXX) 1994. Reproducido en Human Rights Law in Africa, 1999, p. 139.

⁵⁶⁹ Pero, una vez que el Protocolo fue adoptado en 1998 se le criticó severamente, al considerar que no entrañaba compromisos honestos por parte de la Unión Africana, sino que los propios Estados africanos sólo habían tratado de protegerse ellos mismos del escrutinio público. Lo cual es muy cierto si se tiene en cuenta que a pesar de que el Protocolo fue adoptado desde junio de 1998, apenas entró en vigor el 25 de enero de 2004, y no fue sino hasta enero de 2006 cuando sus primeros jueces fueron elegidos. Además, de los 53 Estados miembros de la Unión Africana solamente 23 son Parte del Protocolo.

⁵⁷⁰ GÓMEZ ISA, Felipe. Aportes y perspectivas del Sistema Africano: conferencia 16. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 93-117.

La Corte retoma los rasgos más importantes de sus homólogos europeos e interamericanos e incluso en algunos aspectos es innovadora. La Corte no representa un desarrollo sustantivo sino institucional, y sus competencias son mucho más amplias que la Comisión en materia de protección de derechos humanos⁵⁷¹. Competencias que se materializan en la posibilidad de pronunciarse sobre cualquier asunto relativo a la interpretación y aplicación de todos los instrumentos internacionales y regionales aprobados en materia de derechos humanos que se le planteen.

A pesar de que el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos humanos se aprueba en 2008, la Corte empieza a funcionar a principios de 2010, pero al día de hoy, hay que reconocer que es una Corte que va funcionando de manera muy lenta, ya están llevando casos, pero la mayor parte de los casos han sido declarados inadmisibles, por lo que la primera tarea de la Corte Africana es empezar desarrollar su potencial, y su jurisprudencia.

La Corte está compuesta por 16 jueces que son imparciales e independientes como cualquier otro, así como en la Corte Europea los criterios de elección que se establecen en el Estatuto de la Corte es que tiene que haber una distribución geográfica equitativa para que todas las culturas jurídicas de África estén representadas, y curiosamente se incorpora por primera vez un elemento de género: tiene que haber un equilibrio de género entre los jueces y juezas del Tribunal, lo cual constituye algo realmente novedoso, porque en las demás Cortes Internacionales, no existe este elemento⁵⁷².

El Consejo Ejecutivo de la Unión Africana es quien elige a los 16 miembros de este Tribunal a propuesta de los Estados miembros, por lo tanto, son los Estados quienes nombran a los candidatos/candidatas para ser jueces en la Corte Africana. Hay dos secciones en la Corte Africana, hay una sección sobre asuntos generales que está compuesta por 8 miembros y hay una sección específica de Derechos Humanos, pero con la posibilidad de que alguno de estos casos se envíe a la Corte en pleno compuesta por los 16 miembros. Las sesiones de la Corte son Públicas, salvo que la Corte decida lo contrario, ante circunstancias o razones excepcionales.

⁵⁷¹ Ibid.

⁵⁷² Ibid.

La Corte Africana como la Corte Interamericana, tiene dos funciones, de un lado una *función contenciosa* para resolver casos y de otro, una función de *carácter consultivo*, puede recibir preguntas, para dar una opinión al respecto. Además, puede adoptar *medidas provisionales* según la urgencia del caso, como lo hizo en 2011 durante la crisis de Libia, en la cual la Corte como medida provisional contra ese país, le propuso su expulsión a la Unión Africana, cosa que se produjo.

Sin duda alguna, las decisiones de la Corte son vinculantes para las partes, es decir, las sentencias son obligatorias independientemente de que se implementen o no; una cosa es que *los* Estados cumplan o no las sentencias, pero éstas siempre son vinculantes, como ocurre con la Corte Interamericana. Si no se cumple con la sentencia la Corte puede referir el caso a la asamblea de la Unión Africana, lo que también ocurre en el sistema americano, en el cual si un Estado *no* cumple con una decisión de la Corte, la Corte puede referir el caso a la Asamblea de Estados de la OEA, lo cierto es que la Corte Interamericana en muy pocas ocasiones lo ha hecho.

El Sistema Africano está dando sus primeros pasos. Pero, no es muy convincente la aseveración de que los estados africanos acatarán las sentencias de la Corte, más que las decisiones de la Comisión, por el solo hecho de haber sido dictadas por un órgano judicial, pues los estados africanos pueden o no estar dispuestos a observar cualquier decisión sin importar el órgano que las emita. En ese sentido, quizá el reto más importante que enfrenta la Unión Africana, y la propia Corte, es hacer efectiva la operatividad de este tribunal. La Corte por sí misma no es una garantía. Mucho depende de la actitud política de la Unión Africana, y específicamente de sus miembros. La verdad es que los estados africanos no siempre estuvieron –y muchos todavía no lo están- entusiasmados con la idea de que era realmente necesario crear un órgano judicial para la protección de los derechos humano⁵⁷³.

Para finalizar, podríamos afirmar que el Sistema Africano, es un sistema todavía incipiente, un sistema mucho más débil que el Sistema Interamericano, que ya es un sistema débil, pero el Sistema Africano va por una buena dirección, y ahora solo falta un elemento fundamental, un ingrediente esencial en todo Sistema de Derechos

⁵⁷³ GÓMEZ ISA, Felipe. Aportes y perspectivas del Sistema Africano..., Op. Cit., pp. 93-117

Humanos, que es la voluntad política de los Estados. Sin voluntad política de los Estados africanos todo va a quedar en el papel mojado. Voluntad política de los Estados, y litigio estratégico, serán elementos muy importantes, a la hora de permitirle avanzar al Sistema Africano.

7. CONCLUSIONES

La incorporación de los derechos fundamentales en el ámbito constitucional, cambia la relación entre el juez ordinario y constitucional frente a la ley, asignando a la jurisdicción una garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos, pues su misión más importante es la de buscar la efectivización de los derechos inherentes a la persona, así lo haga en contra de los postulados legales. Por ello, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, ha tratado de precisar cuáles son los derechos fundamentales, sin embargo, ha estado lejos de alcanzar su propósito, y no ha llegado a una identificación precisa de los derechos fundamentales.

Y es que sobre el tema para determinar cuáles son los derechos fundamentales en Colombia, la Corte Constitucional ha dado un nuevo punto de giro, cuando en su Sentencia SU-062 de 2010⁵⁷⁴ expresó que “*todo derecho es fundamental si está ligado a realizar alguno de los valores que cimientan nuestro orden constitucional*”. A mi juicio todos los derechos constitucionales son fundamentales, o deberían ser tratados como fundamentales, al menos en algunos de sus ámbitos de protección, por ello no deben haber clasificaciones ni distintos niveles de protección, según la categoría de derechos, pues si observamos el ordenamiento internacional y el origen mismo de instrumentos de protección, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la Carta Africana de Derechos Humanos, en ambos instrumentos, todos los derechos tienen la misma protección y jerarquía.

⁵⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010. Op. Cit.

En todo caso, la incorporación de los derechos fundamentales en el ámbito constitucional, *cambia la relación entre el juez ordinario y constitucional frente a la ley*, asignando a la jurisdicción una garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos, pues su misión más importante es la de buscar la efectivización de los derechos inherentes a la persona, así lo haga en contra de los postulados legales.

De hecho, la Corte Constitucional colombiana y su protagonismo judicial han ampliado el margen de protección de los derechos que deben ser protegidos durante los estados de excepción. Sin lugar a duda, este también es un aporte para el derecho comparado, porque a partir del artículo 94 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha construido muchos derechos a partir de la dignidad humana; derechos que no están en otros lugares, como por ejemplo: el derecho al amor, a la recreación, al olvido, a la exhumación de cadáveres, etc.

En consecuencia, este es un aporte que realiza el ordenamiento jurídico colombiano, al listado de los derechos inderogables que emergen del núcleo duro de derechos humano, contemplado en el artículo 4 del PIDCP, el artículo 27 de la CADH, y al artículo 15 del CEDH, el cual es mucho más amplio que el que se desprende de la simple lectura de esta lista taxativa, que sin lugar a dudas debe ser modificada, porque no responde a todos los derechos que hoy deben ser tratados como derechos absolutos o *Cartas de triunfo*.

También es necesario considerar que la protección de los derechos es diferente según el lugar y la época, por ejemplo, en Colombia, la propiedad es un derecho fundamental si se trata de la propiedad a los resguardos que tienen las comunidades indígenas. Además, en la actualidad, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos conocidos como de la solidaridad internacional o derechos de los pueblos, positivados por el derecho internacional convencional, y ampliados por declaraciones internacionales, incrementan el núcleo de derechos inderogables⁵⁷⁵.

Por lo tanto, el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la propiedad privada, a la participación en la vida cultural de la comunidad,

⁵⁷⁵ MELÉNDEZ, Op. Cit., p. 173.

así como el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos, el derecho de protección del medio ambiente y la protección de los bienes históricos, arqueológicos y de otra índole, considerados como patrimonio común de la humanidad, son también derechos inderogables en el sistema de Naciones Unidas y no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción⁵⁷⁶, ni en Colombia, ni en otros Estados.

Al respecto, cabe notar que para el Estado colombiano la protección de los DESC resulta obligatoria, porque al no existir en Colombia un artículo constitucional que contemple de manera expresa una lista taxativa de los derechos fundamentales, sino que al tenor del artículo 94, cualquier derecho que proteja la dignidad humana puede ser considerado como un derecho fundamental, es claro que los DESC al proteger la dignidad humana, deben tener la misma protección que los derechos civiles y políticos, por lo que tampoco podrían ser suspendidos durante los estados de excepción.

Si bien, en el grado actual de desarrollo del derecho internacional, es “posible” tener una declaración y enumeración de los derechos económicos, sociales y culturales, el reconocimiento universal de la obligación de promocionarlos y respetarlos y la afirmación del deber jurídico de los Estados de dedicar sus recursos y políticas económicas y financieras —dentro de los límites de sus posibilidades reales— a su satisfacción”, por lo que resulta posible que su protección durante los estados de excepción se desarrolle en todos los Estados paulatinamente, en la medida en que se adquiere conciencia de su necesidad de protección en todo momento, esto es, en tiempos de guerra y en tiempos de paz.

En todo caso, los Estados latinoamericanos y Colombia de manera especial, en atención al bloque de constitucionalidad, debe interpretar las disposiciones del Pacto y de la CADH como un todo integral, y en ningún momento pueden valerse de cualquier disposición los mismos, interpretándola por separado, para adoptar medidas legislativas, administrativas o de otro carácter, que limiten o afecten el ejercicio de los derechos civiles y políticos, más allá de los niveles permitidos por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, de conformidad con las cláusulas

⁵⁷⁶ *Ibíd.*, p. 173.

de suspensión de derechos establecidas en cada uno. Exceder el límite, sería suspender el derecho, lo cual a la luz del ordenamiento internacional está absolutamente prohibido.

**SEGUNDA PARTE: SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS Y UTILIZACIÓN DE
LOS PODERES EXCEPCIONALES EN COLOMBIA: 1991-2015**

CAPÍTULO I. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. LA REGULACIÓN JURIDICO INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La progresiva internacionalización y universalización de los derechos humanos operada en estos cuarenta años ha traído como corolario, entre otras importantes consecuencias: i) el compromiso internacional de promover y respetar los derechos fundamentales de la persona humana; ii) la exclusión de esta materia como reservada exclusivamente a la jurisdicción interna de los Estados; y iii) la existencia y funcionamiento de un sistema universal, junto a otros varios regionales, de supervisión internacional. De ahí que si los derechos humanos han dejado de ser una materia reservada exclusivamente a la jurisdicción doméstica, la Comunidad Internacional no puede ni debe desentenderse de ellos, menos aún en situaciones tan peligrosas para su respeto como ocurre durante la vigencia de los estados de excepción⁵⁷⁷.

Un análisis de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, permite diferenciar entre las *convenciones que autorizan la suspensión de ciertos derechos humanos* —si bien solo en circunstancias muy graves y condicionadas al cumplimiento de ciertas garantías—, y aquellas otras que *no permiten o no prevén suspensión alguna*. Entre los instrumentos del *primer grupo* —aquéllos que permiten la suspensión de determinados derechos—, cabe hacer referencia al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁵⁷⁸, a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁵⁷⁹ y a la *Convención (Europea) de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*⁵⁸⁰.

En efecto, si bien la obligación principal que han asumido los Estados parte en estos tratados es la de respetar y garantizar todos los derechos humanos reconocidos en los mismos, las convenciones arriba citadas, prevén la posibilidad que por circunstancias de hecho anormales y ante la eventualidad de que ellas planteen o agudicen antinomias en

⁵⁷⁷ *Ibíd.*

⁵⁷⁸ La Comisión de derechos Humanos terminó la redacción del proyecto en 1954, pero fue en 1966 cuando la Asamblea General lo aprobó y lo abrió a la firma. Finalmente el pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976

⁵⁷⁹ La Convención Americana fue aprobada en 1969 en una conferencia intergubernamental convocada por la Organización de los Estados Americanos en San José de Costa Rica, y entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978.

⁵⁸⁰ La Convención se firmó el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953

el seno de los derechos humanos, puede resultar indispensable introducir limitaciones especiales y, llegado el caso, hasta habrá que suspender algunos de estos derechos para defender otros más fundamentales. Pero solamente bajo tales supuestos es que se autoriza la aplicación de los estados de emergencia.

Existen en cambio un conjunto de derechos “*intangibles*” o “*inderogables*” cuya *suspensión está prohibida en toda circunstancia*, regulados en los artículos 4.2 del Pacto Internacional, 27.2 de la Convención Americana y 15.2 de la Convención Europea, los cuales son considerados por un sector de la doctrina como normas de *ius cogens*⁵⁸¹.

Los citados instrumentos han regulado así la facultad de suspender el ejercicio de ciertos derechos humanos a través de un doble equilibrio:

a) Los gobiernos ante situaciones de especial gravedad, pueden recurrir al empleo de medidas de emergencia, es decir, que no se ha prohibido, debilitado o anulado la posibilidad de que los gobiernos, ante situaciones de extrema gravedad, recurran al empleo de los estados de excepción.

b) La aplicación de los estados de excepción ha quedado condicionada al cumplimiento de determinadas garantías, formales y materiales, previstas en los artículos 4, 27 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención (Europea) de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales respectivamente.

Existen por el contrario, *en un segundo grupo*, un buen número de tratados, tanto universales como regionales, que no prevén o no admiten ninguna posibilidad de suspensión. Dentro de este grupo, y por su importancia, cabe hacer referencia a los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸²;

581 GROS ESPIELE, Héctor. "La evolución del concepto de los derechos humanos: criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo". *Estudios sobre Derechos Humanos*. T. Carneas: Editorial Jurídica Venezolana. 1985, pp. 291 y ss. A. A.

582 Fue aprobado el texto y abierto a la firma por la Asamblea General en 1966, y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁸³; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁵⁸⁴; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁸⁵ y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁸⁶.

De este modo, con la entrada en vigor de diversas Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos se ha restringido y, en algunos casos, prohibido, la facultad de los gobiernos de suspender el ejercicio de los derechos humanos regulados en los mismos. Si bien es al Estado a quien compete tomar la decisión -en primer lugar- de declarar o no el estado de emergencia, ello no implica que esta decisión sea totalmente ajena a un control internacional, cuya finalidad es verificar si ésta se ajusta o no a las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos para las situaciones de excepción.

Así los órganos de protección previstos en la Convención Europea de Derechos Humanos han reconocido a los gobiernos *un “margen de apreciación”*, para poder determinar las circunstancias que justifican una declaración de emergencia. Aunque dicho *“margen de apreciación”* no impide la posibilidad de un control internacional posterior por los órganos respectivos, no solo en cuanto a si existían o no las circunstancias operativas, sino también, en relación con la necesidad, extensión y alcance de la suspensión de ciertos derechos humanos.

La regulación jurídico internacional de los estados de excepción, implica necesariamente tener presentes los criterios y normas jurídico internacionales en materia de suspensión de Derechos Humanos. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que toda regulación de los estados de emergencia ha de partir de la premisa de que dicha normativa debe ser siempre interpretada en la forma más favorable a la vigencia de los Derechos Humanos. Partiendo de la idea de que, fuere cual fuere el régimen de *excepción que* se admita, ello siempre comportará un –cierto sacrificio de los derechos humanos, de lo que se trata es que ese “cierto” grado sea lo más bajo posible y no se

⁵⁸³ Adoptada por la Asamblea General en su trigésimo noveno período de sesiones, mee Resolución A/39/46 de 10 de diciembre de 1984.

⁵⁸⁴ Fue adoptada en 1965 y entró en vigor el 4-1-1969, con 124 ratificaciones

⁵⁸⁵ Fue adoptada en 1981, y entró en vigor el 21-10-1986 tras lograr 31 ratificaciones.

⁵⁸⁶ Fue suscrita en Cartagena de indias, Colombia, el 9 período ordinario de Sesiones de la Asamblea General y entró en vigencia en 1987.

admita sino en circunstancias que lo hagan del todo indispensable. El sacrificio de los derechos humanos solo está justificado *en el* sentido de que si no se produjera ese tal sacrificio, la seguridad de los derechos humanos se vería en situaciones más penosas de las que se encuentran en los estados de excepción. Se estaría aplicando en cierto modo la teoría del mal menor.

En definitiva, toda la normativa sobre situaciones de excepción debe ser siempre interpretada restrictivamente, es decir, en favor de los Derechos fundamentales de la persona humana, de lo que se puede deducir que toda interpretación relativa tanto a tratados sobre derechos humanos en general, como en materia de estados de excepción en particular, debe tener en cuenta como criterio rector y básico *el principio pro homine* entendiendo por tal que mientras la vigencia de los Derechos Humanos, debe interpretarse extensivamente, por el contrario las limitaciones, restricciones y/o suspensiones de estos derechos, deberá hacerse siempre restrictivamente. Por ejemplo, si se produjera un conflicto entre varias normas, siempre deberá prevalecer aquella que confiera mayor protección al individuo, pues es sabido por todos, que en la realidad cotidiana de muchos países latinoamericanos, los estados de excepción han sido utilizados con el fin de coartar los Derechos Humanos y reprimir a la población, lo que conlleva al verdadero problema que se presenta en la actualidad y es la desnaturalización de la figura del estado de excepción.

1.1 Garantías formales previstas en el artículo 4 del PIDCP

Si bien el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos le impone a los Estados partes, como *garantías formales* para declarar el estado de excepción un doble principio: *el principio de notificación* (Art. 4.1) y *el de proclamación* (Art. 4.3). El Pacto de San José de Costa Rica solamente alude al *principio de notificación* (Art. 27)

1.1.1 Principio de Proclamación

Este principio regulado en el artículo 4 (1), establece la necesidad que la existencia del estado de excepción deba ser "oficialmente proclamado". Su propósito es evitar o

reducir las situaciones de excepción "de facto", mediante una norma de publicidad en el Derecho Interno. En efecto con la proclamación se busca asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos. Resulta impensable que se pueda ocultar a la población que se vive una situación de crisis y menos aún la existencia de restricciones al ejercicio de sus propios derechos.

De acuerdo con los *Principios de Siracusa*: i) la proclamación de un estado de excepción se hará de buena fe, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación, a fin de determinar hasta qué punto plantea una amenaza a la vida de la nación; ii) toda proclamación y las derogaciones consiguientes que no se hagan de buena fe constituyen violaciones al Derecho Internacional; y iii) estos procedimientos, destinados a proclamar una situación de emergencia en virtud del Derecho nacional, deben estar establecidos antes de que la misma se produzca ⁵⁸⁷.

Lamentablemente, pocos son los Estados parte que en la práctica cumplen con este requisito. Este hecho llevó al Comité de Derechos Humanos⁵⁸⁸ a llamar la atención de los Estados partes, señalando que si bien, "... en general, los Estados parte han indicado el dispositivo previsto en sus sistemas jurídicos para la declaración de un estado de excepción y las disposiciones aplicables de la legislación que rige la suspensión de los derechos, sin embargo, en el caso de unos pocos Estados que aparentemente habían suspendido los derechos reconocidos en el Pacto, *no aparecía claramente si se había proclamado oficialmente el estado de excepción*.

Si bien el artículo 4 del Pacto es la única disposición que exige en forma expresa la proclamación por un acto oficial, los órganos regionales de control lo han interpretado también como un requisito. Así, por ejemplo, la Comisión Europea estimó, en el caso Chipre contra Turquía, que para poder invocar el derecho de derogación reglamentado por el artículo 35 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial.

⁵⁸⁷ O'DONNELL, Daniel. La protección internacional de los derechos humanos. 2a. ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989. p. 286.

⁵⁸⁸ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Comentario General* 5/23. Suplemento N. 40 (A/36/40) p. 111.

1.1.2 Principio de Notificación

Este principio establece la obligatoriedad a todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión, de informar inmediatamente al Secretario General de la ONU, quien a su vez deberá comunicar a los demás Estados partes los siguientes extremos (artículo 4, párrafo 3): i) las razones o motivos alegados; ii) la naturaleza de las medidas adoptadas; y iii) las disposiciones contenidas en el Pacto suspendidas. El propósito de este requisito no es otro que el permitir que los Estados partes del Pacto Internacional, puedan dar seguimiento y controlar el cumplimiento de las exigencias previstas en la citada disposición para que en caso de violación, se articulen los remedios previstos para obtener su respeto. De ahí que el Estado Parte deberá asimismo, si se lo solicitasen los demás Estados partes, facilitar mayor información, la que ha de ser transmitida por el mismo conducto (Secretario General de la ONU)⁵⁸⁹.

No obstante, los Estados partes incumplen frecuentemente su obligación de notificar la entrada en vigor de las medidas de excepción. Este alto grado de inobservancia llevó al Comité de Derechos Humanos, en uno de sus comentarios generales, a señalar que "... es igualmente importante que, en situaciones excepcionales, los Estados partes informen a los demás Estados partes acerca de la índole y el alcance de la suspensión de derechos que hayan llevado a cabo y las razones para ello..."⁵⁹⁰.

El Comité de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre las consecuencias que apareja el incumplimiento del requisito de notificación. En este sentido, en el caso "*Landinelli c. Uruguay*", el Comité admitió la hipótesis de que el incumplimiento del deber de notificar inmediatamente a los demás Estados partes sobre la entrada en vigor de medidas de excepción, no podría afectar el derecho sustantivo del Estado a adoptar aquellas medidas de emergencia que la situación haga necesarias. Por eso, y en cumplimiento de su deber de vigilar la observancia del PIDCP por los Estados partes, el

⁵⁸⁹ O'DONNELL, Daniel. La protección internacional de los derechos humanos. Op. Cit., Supra nota 6. p. 286.

⁵⁹⁰ *Ibid.* Supra nota 7.

Comité señaló que no puede considerar legítimas las medidas adoptadas, a menos que el Estado le proporcione todas las informaciones necesarias para evaluar el cumplimiento de los criterios de fondo establecidos en el artículo 4 del Pacto Internacional. En consecuencia, el Estado Parte tiene la carga de la prueba de la legitimidad del estado de excepción, así como de las medidas concretas impugnadas⁵⁹¹.

Además, en el caso "*Consuelo Salgar de Montejo vs. Colombia*", el Comité de Derechos Humanos expresó que las violaciones denunciadas no podían ser justificadas por el estado de emergencia vigente, porque en su notificación Colombia había indicado que el estado de excepción no afectaba los derechos cuya violación fue comprobada, concluyendo por tanto, que Colombia no podía, por la simple invocación de un estado de excepción, evadir las obligaciones que asumió al ratificar el Pacto Internacional⁵⁹². Un país que ha declarado el estado de excepción, aunque lo haya hecho de conformidad a las normas nacionales, si no lo ha comunicado, no podrá invocar frente al orden internacional el derecho que éste le reconoce, de suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.

1.2 Garantías de fondo previstas en el artículo 4 del PIDCP

Tanto en el PIDCP como en la CADH, aparecen las mismas garantías de fondo, en fórmulas parecidas y son: las causales de suspensión o el supuesto de hecho, el principio de amenaza excepcional, principio de proporcionalidad, principio de no discriminación, principio de la intangibilidad de ciertos derechos humanos y principio de compatibilidad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional.

1.2.1 Las causales de suspensión

Hace referencia al supuesto de hecho que debe darse para poder declarar un estado de excepción, y por consiguiente a las situaciones que pueden dar lugar a la suspensión de ciertos derechos humanos, pero mientras el inciso 1 del artículo 4 del Pacto

⁵⁹¹ Ibid., p. 401.

⁵⁹² Ibid.

Internacional habla de "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente", la fórmula empleada en el artículo 27.1 de la Convención Americana es más amplia.

Tres son las causales previstas en la citada disposición que permiten al Estado Parte adoptar un Estado de emergencia o excepción, a saber:

- a) El supuesto de guerra,
- b) El supuesto de peligro público,
- c) Cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.

La existencia de estas tres causales, previstas en el artículo 27, permite deducir que el grado de gravedad o inminencia requerida para poder declarar una situación de emergencia, es mucho más restrictivo en el Pacto Internacional que en la Convención Americana. En ese sentido, dada la naturaleza de las condiciones requeridas por el Pacto Internacional, las consideraciones de orden público o de seguridad nacional no justifican una declaración de emergencia, ya que estas causales no parecen abarcar aquellas situaciones excepcionales mencionadas en el Pacto, que puedan poner en peligro la vida de la nación. Existen así, una amplia gama de conceptos, tales como orden público, seguridad nacional, y situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, de los cuales se infiere que es necesario hacer una gradación que distinga unos de otros en función de su gravedad.

Deben diferenciarse por consiguiente dos tipos de peligros nacionales. Unos, los más graves, aquéllos que por poner en peligro la vida de la nación son los únicos que legalmente permiten que se recurra a los poderes de emergencia. Los otros, menos graves, que por su intensidad no llegan a representar una amenaza real para la vida de la nación, no constituyen causal legítima para poder decretar dichas medidas de excepción⁵⁹³. Desde esta perspectiva, con base en una interpretación progresista en favor de una mayor vigencia y respeto de los derechos humanos y en función de las

⁵⁹³ ZOVATTO G., Daniel. Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina. Jurídica Venezolana. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, 1990. p. 125 [En línea]. <Disponible en: www.derecho.uba.ar/.../R000E01A005_0008_p-d-constitucional1.pdf >. [Consulta: 3 Abr., 2014].

causales previstas en el artículo 27.1 de la Convención Americana, cabe señalar los siguientes extremos⁵⁹⁴:

i) El carácter de la emergencia que puede dar lugar a adoptar medidas de excepción puede implicar *situaciones distintas de la guerra*. Por eso, en caso de conflictos internos las medidas que se adopten para hacer frente a dicha situación, al ir dirigidas en contra de los propios ciudadanos del Estado, no deben exceder las que sean estrictamente necesarias en el contexto de una sociedad democrática.

ii) Respecto de la causal "*guerra*". Esta, al igual que las demás, debe satisfacer, para justificar la suspensión de ciertos derechos, todos los requisitos exigidos por el artículo 27. Así, por ejemplo, una guerra que ocurriese en el extranjero, o una guerra declarada, pero en la cual no hubiese hostilidades actuales, entre otras hipótesis, no justificaría el recurrir a la puesta en vigor de medidas de emergencia.

iii) Respecto de las causales "*peligro público*" u "*otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte*". Sobre el tema, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en su Informe Anual 1985-1986, al analizar los hechos invocados por el Gobierno de Nicaragua para renovar el estado de emergencia, expresó que:

...Establece el artículo 27 en su primer inciso, las condiciones que justifican que un Estado Parte recurra a la suspensión de algunos de los derechos consagrados en el Pacto de San José: *guerra, peligro público u otra emergencia* que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. Esta enumeración ha sido complementada por la doctrina en general y la Comisión en especial, agregando las características que deben tener las situaciones descritas a través de conceptos tan amplios como son el de "peligro público" o "emergencia que amenace. Al respecto se ha entendido que dichas situaciones deben ser de extrema gravedad, por una parte, y deben encontrarse en curso de ejecución o ser efectivamente inminentes, por la otra...

Finalmente, es necesario diferenciar, el concepto de *seguridad nacional* (artículos 13, 15, 16 y 22 de la Convención Americana) del de *seguridad del Estado* al cual se refiere

⁵⁹⁴ *Ibíd.*

el artículo 27 de la citada Convención. En efecto, tanto el Pacto Internacional, artículo 4.1, como el citado artículo 27.1, han distinguido entre las *amenazas a la seguridad nacional*, a las que se puede dar solución mediante las limitaciones y restricciones propias a cada derecho, de aquellas otras situaciones excepcionales a las que solo se puede hacer frente con poderes de emergencia.

Se concluye entonces, que el propósito de la Convención, al igual que el del Pacto Internacional, ha sido el de reservar los poderes de emergencia únicamente para aquellas circunstancias extraordinarias que no puedan ser enfrentadas exitosamente con los medios ordinarios de que goza el Estado, y que por su especial gravedad autorizan, condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y fondo, la suspensión de ciertos derechos⁵⁹⁵.

1.2.2 Principio de amenaza excepcional

Según este principio, regulado en el artículo 4.1, un Estado Parte podrá adoptar medidas para suspender algunas de las obligaciones asumidas en el Pacto Internacional, únicamente cuando haga frente a una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación.

La interpretación correcta de qué debe entenderse por "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación" ha sido precisada en diversas decisiones de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos, varios años antes de que el Comité de Derechos Humanos hubiera comenzado a examinar la juridicidad de los estados de excepción.

Los fundamentos doctrinales esbozados por los órganos de protección del Sistema Europeo de Derechos Humanos en relación con los estados de excepción entonces

595 En efecto, la existencia del peligro debe ser real o inminente, y su existencia *objetiva y verificable para un observador imparcial*. Quedan excluidos, por tanto, los peligros potenciales latentes o de carácter especulativo que darían a la institución un significado preventivo del que carece. Pero además, la situación de emergencia debe ser de extrema gravedad, en otras palabras, debe constituir una amenaza real o inminente a la independencia o seguridad del Estado. La necesidad de esta gravedad extraordinaria para que el motivo de la excepción sea legítima fue destacada por la CIDH en varios de sus Informes, como por ejemplo, el de *Colombia*, (OEA/Ser. L/V/II. 53. doc. 22, de 30 de junio de 1981. p. 221); el de *Bolivia*, OEA/Ser. P. A. G. doc. 136/81, de 27 de octubre de 1981. p. 22) y el de *Nicaragua*, (OEA/Ser. L/V/II. 62. doc. 10. rev. 3, de 29 de septiembre de 1983. pp. 121-122.

vigentes en la República de Irlanda, Grecia c Irlanda del Norte revisten particular importancia, por cuanto los mismos han servido de marco de referencia interpretativo a todo el análisis posterior habido tanto en el seno de las Naciones Unidas como en el regional americano sobre esta cuestión.

La esencia de esta doctrina se encuentra resumida en las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los casos "Lawless" y "Grecia".

En el primero de ellos, la Comisión Europea expresó que "El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación es, según opinamos nosotros, una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no solo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión está compuesto"⁵⁹⁶.

Por su parte, en el caso de "Grecia", la Comisión Europea señaló que una situación de emergencia pública, para constituir una amenaza a la vida de la nación, debía reunir los siguientes cuatro requisitos: i) ser actual o inminente; ii) sus efectos deben involucrar a toda la nación; iii) debe estar amenazada la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y iv) la crisis o el peligro debe ser excepcional, de manera que las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, salud u orden resulten totalmente inadecuadas⁵⁹⁷.

En cuanto a sus efectos, la situación de peligro debe afectar: a toda la población: caso Lawless⁵⁹⁸, -por ejemplo. A la totalidad del territorio o una parte del mismo. Ello significa que, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito. Al respecto, La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que:

⁵⁹⁶ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lawless*. Serie B. 1960-1961. p. 82.

⁵⁹⁷ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *The GREEK Case*. Informe: 1969. Doc. 15. 707/1. Vol. I. párr. 153.

⁵⁹⁸ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Lawless case (Merits) sentencia del 1 de julio de 196, párrafo 28 de los considerandos. www.coe.int.

...los precedentes europeos son sumamente claros. Tanto en el caso Lawless⁵⁹⁹ como en el de Grecia, se estimó que el peligro debía ser actual o al menos inminente, esto invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativas o abstractas. Esto último fue también señalado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el Informe de Chile, oportunidad en la que sostuvo con marcada insistencia que argumentos tales como los de "seguridad nacional" o "subversión latente" no justificaban suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto⁶⁰⁰.

El concepto de que la crisis o peligro *debe ser excepcional y que además no son manifiestamente suficientes las medidas restrictivas ordinarias*, se encuentra consagrado en los Arts. 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en los Arts. 12.3, 15 y 16 Convención Americana sobre derechos humanos; tratados internacionales que obligan al Gobierno Colombiano.

Este *carácter excepcional de la amenaza o peligro público* también ha sido reafirmado por los *Principios de Siracusa* en el sentido de que aquellos conflictos internos o agitaciones que no lleguen a representar una amenaza grave e inminente a la vida de la nación, no pueden justificar las derogaciones autorizadas por el artículo 4 de Pacto Internacional.

Según los citados principios, la crisis o peligro público debe reunir las siguientes condiciones: i) que afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o a parte de él; y ii) que sea una amenaza tal que ponga en peligro la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado, o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto Internacional.

La necesidad de la presencia de estos extremos para que la suspensión sea legítima también ha sido recordada por el Comité de Derechos Humanos, el cual señaló —en relación con los Informes presentados por el Gobierno militar chileno para justificar la implantación de medidas de emergencia—, que "los argumentos invocados por el Gobierno de Chile, tales como la seguridad nacional y la subversión latente, no

⁵⁹⁹

⁶⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

justificaban en este caso ninguna suspensión de las obligaciones estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" ⁶⁰¹.

Los Estados, entonces, pueden de manera discrecional valorar la gravedad de las circunstancias de hecho y adoptar las medidas que consideren convenientes, sin necesidad de consulta y autorización previa de las instancias internacionales competentes en materia de derechos humanos, pero, sus decisiones quedan sujetas por una parte al control interno, especialmente al control político del Parlamento que puede desestimar la valoración que sobre los hechos haya realizado el Ejecutivo y en consecuencia anular los efectos jurídicos de las medidas tomadas; por otra parte, tales medidas quedan sujetas al control internacional posterior.

1.2.3 Principio de la intangibilidad de los Derechos fundamentales

Este principio está contenido en el Derecho Internacional Público como una norma del "ius cogens" internacional, de carácter imperativo y vinculante en toda circunstancia. Establece la obligación jurídica de reconocer y garantizar bajo toda circunstancia de tiempo y lugar un núcleo mínimo de derechos de la persona humana, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.

Por lo tanto, según este principio, los Estados parteno pueden suspender determinados derechos, calificados de "*intangibles*" o "*inalienables*", ni aun en aquellas situaciones de excepción que amenacen la vida de la nación (artículo 4.2). Se reafirma de este modo el principio de que en todo momento y bajo ningún pretexto (subversión, terrorismo, razones de seguridad del Estado, etc.), ciertos derechos fundamentales no pueden suspenderse, aunque sea mínimamente, ni pese a la afirmación de que su propósito sea defender la vida de la nación. La importancia de estos derechos es que los mismos establecen una contención insuperable para cualquiera razón de Estado, creando un reducto absoluto de la persona humana frente al poder público. Por otra parte, estos derechos, al no representar obstáculo alguno para la eficaz superación del peligro

⁶⁰¹ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N. 40 (A/34/40), pp. 17 y ss. *Informe de Chile*.

nacional, no pueden ser objeto de suspensión, siquiera momentánea, so pretexto que ella reporta ventajas a la acción del Gobierno en una situación determinada.

Conforme a lo anterior, la Convención Americana, el Convenio Europeo al igual que el Pacto Internacional, distinguen tres tipos de derechos humanos:

- i) derechos que pueden ser objeto de limitaciones o restricciones, siempre y cuando se cumplan las condiciones que exige la propia Convención;
- ii) derechos que pueden ser suspendidos en la medida que se dé cumplimiento a los requisitos de forma y fondo que exigen los instrumentos internacionales
- iii) derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso, estos derechos integran una suerte de núcleo duro de los derechos humanos en razón de su intangibilidad⁶⁰², y la necesidad de proteger la dignidad humana, la cláusula de no suspensión de estos derechos se encuentra expresamente contemplada en los distintos instrumentos de protección, como son el Convenio Europeo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁰³.

Para terminar, es necesario señalar que en Colombia también se encuentra garantizada la intangibilidad de los derechos fundamentales dentro de los estados de excepción. En efecto, el *artículo 4º de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción*⁶⁰⁴, con fundamento en los artículos 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enuncia una serie de derechos que califica de intangibles para la vigencia de los estados de excepción y por lo tanto, no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario, toda vez que constituyen bienes imprescindibles para proteger la dignidad humana⁶⁰⁵, esto, será analizado con mayor profundidad en el capítulo primero de la segunda parte, donde se analizará el tema de la *suspensión de derechos humanos*.

1.2.4 Principio de Proporcionalidad

⁶⁰² F. Sudre, Op. Cit., pp. 197-199. Citado por Zobbato Daniel... Op. Cit., p. 128

⁶⁰³ El PIDCP añade otros tres derechos adicionales al catálogo de los no susceptibles de suspensión (arts. 11, 16 y 18). Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica amplía la imposible suspensión a los derechos que resultan de sus arts. 3, 12, 17, 18, 19, 20 y 23.

⁶⁰⁴ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia..., Artículo 4. Derechos Intangibles. Op. Cit.

⁶⁰⁵ Ver, Sentencia C-179 de 1994.

Este principio “impone que las medidas tomadas bajo el amparo del estado de excepción se limiten estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza que se cierne sobre el Estado”. Enunciado de manera similar tanto en el PIDCP como en la Convención Europea y la Convención Americana, este principio implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean "en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación".

De este modo, *el principio de proporcionalidad* está dado en que las medidas expedidas deben guardar proporción -excesivas o no- con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación del ejercicio de los derechos y libertades solo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el regreso a la normalidad Art. 13, LEEE⁶⁰⁶.

En la sentencia C-135 de 2009⁶⁰⁷ la Corte Constitucional sostuvo que “en materia del DIDH está expresamente reconocido por el artículo 4º del PIDCP cuando señala que las disposiciones adoptadas por los Estados para conjurar las situaciones excepcionales deben estar “*estrictamente limitadas a la exigencia de la situación*”, previsión similar a la consagrada en el artículo 27 de la CADH.

Este principio también cuenta con numerosos referentes constitucionales, así por ejemplo, el artículo 213 señala que en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior “el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la propagación de sus efectos”. En el mismo

⁶⁰⁶ En la sentencia C-916 de 2002 se expuso: “Este juicio tiene dos manifestaciones. La primera de orden policivo, consistente en analizar la relación entre la medida adoptada y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Sería inexequible, entonces la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público. La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad”. Se trata aquí de la existencia de un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido, caso en el cual esta medida también se torna inexequible por desproporcionada. Tal como lo ha reiterado esta Corporación en varias oportunidades, el principio de proporcionalidad “es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción...” CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, Op. Cit.

sentido, el artículo 214 de la Carta indica que las medidas que se adopten bajo un estado de excepción “deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

La doctrina europea ha precisado el alcance de este principio y ha tenido cierta aplicación en el ámbito interamericano⁶⁰⁸. Se considera que las medidas serán legítimas si (I) no es posible establecer otras menos gravosas, (II) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (III) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y (IV) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías⁶⁰⁹.

El Pacto de Nueva York y la Convención Americana cualifican la entidad de la perturbación que puede dar lugar a la declaratoria de estado de excepción por un Estado, por ende, a la posibilidad de hacer uso de la cláusula de suspensión de obligaciones convencionales. De este modo, solo se entiende legítima la proclamación de un estado de excepción cuando se encuentra motivada en una situación de grave peligro de la vida de la nación, o, en términos de la Convención Americana, una amenaza a la independencia o seguridad del Estado. Esta exigencia impone que las medidas tomadas bajo el amparo del estado de excepción se limiten estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza que se cierne sobre el Estado, esto es, que sean necesarias y proporcionales⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ O'DONNELL, Daniel. La protección internacional de los derechos humanos. Op. Cit., pp. 406 y ss.

⁶⁰⁹ El efecto vinculante de los principios de necesidad y proporcionalidad es expuesto de forma esclarecedora por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Observación General No. 29 al artículo 4º del Pacto Internacional, así: "...un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relaciones con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado parte". NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 29 sobre el artículo 4 del PIDCP, Op. Cit.

⁶¹⁰ *Ibíd.*

Si bien el Comité de Derechos Humanos no se ha pronunciado hasta el presente específicamente sobre este principio, de algunos de sus comentarios formulados con base en el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se deduce, que el mismo no debe ser objeto de una "...apreciación global y en abstracto", sino por el contrario, "deberá examinarse la situación teniendo en cuenta cada suspensión y comprobar si, en cada uno de los casos, se respeta el principio de proporcionalidad" ⁶¹¹.

En suma, según la Doctrina de la Comisión Interamericana la suspensión de un derecho solo es justificable en ausencia de otra alternativa para resolver una grave emergencia. De ahí que la necesidad de adoptar medidas de emergencia no puede ser tomada en abstracto. Demanda, por tanto, i) un análisis de la situación real que está viviendo un país determinado en un momento concreto; ii) demostrar que las medidas ordinarias no son suficientes para hacer frente a la situación; y iii) cuáles son las otras medidas de emergencia o excepción alternativas, que pueden resultar menos lesivas para el disfrute de los derechos humanos.

Por la importancia del principio de proporcionalidad en Colombia, porque a partir del mismo la Corte Constitucional colombiana ha creado el juicio de inconstitucionalidad de los decretos legislativos que son expedidos a la luz de los estados de excepción, este principio será abordado con mayor profundidad en el capítulo V⁶¹².

1.2.5 Principio de necesidad

En relación directa con el requisito de proporcionalidad, cabe mencionar el principio de "*estricta necesidad*", según el cual, las medidas de excepción que se adopten solo son legítimas en tanto y en cuanto sean "estrictamente necesarias". Este principio tiene origen en el DIDH y hace relación a la entidad de la perturbación que pueda dar lugar a la declaratoria de un estado de excepción por un Estado, por ende, a la posibilidad de hacer uso de la cláusula de suspensión de obligaciones convencionales. De este modo, solo se entiende legítima la proclamación de un estado de excepción cuando se encuentra motivada en una situación de grave peligro de la vida de la Nación, según el

⁶¹¹ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Supra* nota 17. p. 17. párr. 73.

⁶¹² Ver test de proporcionalidad., p. 412

artículo 4 del PIDCP, o, en términos de la Convención Americana, una amenaza a la independencia o seguridad del Estado⁶¹³.

A diferencia de la escueta doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre este requisito, los órganos de protección del Sistema Europeo de Derechos Humanos han desarrollado profusamente este principio. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Irlanda del Norte c. el Reino Unido" expresó:

Los Estados contratantes no deben usar de su derecho de derogación sino en la estricta medida en que la situación lo exige. Según el Gobierno irlandés, el Gobierno británico ha sobrepasado 'la estricta medida', tesis que no es compartida ni por la Comisión ni por el Gobierno demandado (...) El Tribunal está llamado a determinar si el Reino Unido se ha excedido en la "estricta medida". A este respecto tiene la doble necesidad de averiguar si las privaciones de libertad son incompatibles con el apartado primero del artículo 15 y de las garantías inferiores de los apartados 2 a 4 del mismo artículo⁶¹⁴...

Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el "Caso Lawless", al evaluar la legitimidad de las suspensiones de ciertos derechos durante los estados de excepción, manifestó que este extremo debía ser analizado a la luz de los siguientes interrogantes: 1) ¿Si se podía demostrar que las '*medidas ordinarias*', forzosamente menos gravosas o inconvenientes que las que implican la suspensión, eran ineficaces? Por supuesto que el análisis debe ser efectuado con relación a una necesidad concreta y particular y no en abstracto; 2) ¿Si existían otras medidas de suspensión, diferentes de las escogidas por el Estado parte cuya aplicación hubiera sido a la vez que efectiva menos represiva?⁶¹⁵. Con base en estas consideraciones la Comisión Europea sostuvo que las medidas adoptadas durante el estado de excepción serían legítimas solo si se hubieran dispuesto medidas alternativas, efectivas y menos gravosas

Otro aspecto de interés, abordado también por la COMISIÓN EUROPA DE DERECHOS HUMANOS en el "Caso Irlanda del Norte", fue el relativo a la relación que debe existir entre las características propias de cada situación en concreto y las

⁶¹³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

⁶¹⁴ *Caso Irlanda del Norte contra el Reino Unido*. Cita en E. GARCIA DE EN- TERRIA; E. LINDE; L. I. ORTEGA y M. SANCHEZ MORON. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1983 pp. 430-451.

⁶¹⁵ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lawless*. Op. Cit.

medidas que las autoridades adopten para hacerles frente. Sobre el particular, la Comisión Europea expresa:

...Las medidas que el Gobierno adopte deben ser *aptas para contribuir* a la solución de un problema en concreto que surge de la situación de emergencia, y que este problema o situación no hubiera podido ser solucionado recurriendo únicamente a los procedimientos legales normales ordinarios. En efecto, según el principio de 'estricta necesidad', las medidas de emergencia o de excepción que se adopten solo son legítimas en tanto y en cuanto éstas sean '*estrictamente necesarias*'⁶¹⁶...

La Comisión Europea analizó asimismo, si las medidas de excepción (cuya legitimidad hubiera quedado demostrada), se empleaban en forma excesiva o, por el contrario, con la debida moderación y respeto a los derechos humanos, señalando que una vez establecida la necesidad de determinadas medidas de excepción, "Las obligaciones contraídas en virtud de la Convención no desaparecen completamente. Solo pueden ser suspendidas o modificadas hasta el punto estrictamente requerido... En estas circunstancias, esta limitación puede requerir garantías contra el posible abuso, o uso excesivo, de medidas de emergencia", concluyendo que "la suspensión de garantías normales podían llegar a ser excesivas si ninguna otra garantía tomara su lugar".

El análisis de los principios citados evidencia, como ha enfatizado la doctrina europea —criterios que a nuestro juicio son válidos a la hora de interpretar el artículo 4 del Pacto Internacional sobre estos extremos —, la importancia de distinguir entre la existencia de circunstancias que justifican la imposición de un estado de excepción y las circunstancias que justifican las medidas de excepción adoptadas dentro del marco del régimen de excepción.

Como claramente señaló la Comisión Europea en una de sus decisiones sobre esta materia: "La justificación en términos del artículo 15 (de la Convención Europea) no resulta automáticamente de un alto nivel de violencia. Debe existir un vínculo entre las características de la violencia por un lado y las medidas escogidas, por el otro".

⁶¹⁶ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de Irlanda del Norte contra Reino Unido*. *Supra* nota 22. J. E. HARTMAN. *Supra* nota 5. pp. 31 v ss.

En suma, la complementariedad existente entre el principio de proporcionalidad respecto del de estricta necesidad determina que toda medida excepcional que sea puesta en vigor por un Estado Parte del Pacto Internacional debe ser no solo proporcional sino, además, necesaria para contrarrestar una determinada amenaza que pone en peligro la vida de la nación.

En Colombia, el artículo 213 constitucional recoge este principio en materia del estado de conmoción interior cuando exige que la perturbación del orden público que dé lugar a la declaratoria sea grave y que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado o la convivencia ciudadana. Por su parte, el artículo 2 LEEE se ocupa también de este principio al prever que las facultades excepcionales solo podrán ser empleadas bajo “circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado”⁶¹⁷. Además, según el artículo 11 de la LEEE⁶¹⁸ el *principio de necesidad* consiste en que se deben expresar claramente las razones por las cuales las medidas adoptadas son indispensables para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción abarca la relación de necesidad entre el fin buscado y el medio empleado para alcanzarlo⁶¹⁹.

1.2.6 Principio de No Discriminación

Según este principio, las medidas adoptadas no pueden conllevar ninguna forma de discriminación. El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4 del PIDCP, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de *raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*.

⁶¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-070 del 12 de febrero de 2009, Op. Cit.

⁶¹⁸ Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente.

⁶¹⁹ En la sentencia C-149 de 2003, la Corte manifestó: “Este juicio comprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente como responsable del orden público incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado son necesarias para superar las causas de perturbación o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”. Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-149 del 25 de Febrero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

El artículo 15 de la Convención Europea omite esta exigencia pero debe interpretarse en relación con el artículo 4 del PIDCP que tiene alcance general y que prohíbe todo tipo de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Convención.

El hecho de que la prohibición de toda forma de discriminación no figure entre los derechos enumerados en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención Americana, no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable, pues ambos textos consideran el principio de no discriminación como una condición esencial para ejercer el derecho de suspensión que dichos instrumentos reconocen a los Estados partes.

Coincidentalmente, en su Observación General 5/13⁶²⁰, el Comité de Derechos Humanos sitúa el principio de no discriminación en el mismo plano y hasta lo incluye en la misma frase de los derechos cuyo ejercicio no se puede suspender cuando afirma: "sin embargo, el Estado parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas"⁶²¹.

No obstante, puede ocurrir que en el ámbito de la cláusula de suspensión las medidas estrictamente exigidas por la situación entrañen una acción dirigida contra un grupo que pertenezca, por ejemplo, frente a una raza o a una religión particular (ej. represión de un motín), que afecte especialmente a este grupo. Pese a que se pueda calificar tal acción de discriminatoria, no constituiría una discriminación fundada únicamente en motivos de raza, de religión, etc., puesto que sería necesaria en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Esta, es al menos, la interpretación que predomina actualmente frente al calificativo únicamente que establece el artículo 4 del PIDCP.

⁶²⁰ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comentario General 5/23. Suplemento N. 40 (A/36/40).

⁶²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-149 de 2003: "...Dirigido a constatar que las medidas adoptadas con ocasión del estado de excepción no entrañan una discriminación fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Este juicio reconoce que el principio de igualdad mantiene su vigencia y eficacia durante un estado de excepción pero no tiene el mismo alcance cuando con base en él se juzga una norma excepcional, que por definición establece un régimen distinto y más gravoso que el ordinario, y por ello, se concreta en constatar el respeto del principio de no discriminación...". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-149 de 2003. Op. Cit.

Por lo tanto, es ilícita toda suspensión de derechos humanos que afecte únicamente a un sector de la población por razones de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Como bien han establecido los órganos de la Convención Europea, la emergencia debe afectar a toda la población, sin discriminación alguna. También, sería ilícita toda suspensión de derechos, que pese a estar enunciada en términos generales, sea discriminatoria en cuanto a su aplicación, como por ejemplo, la suspensión de derechos respecto de ciertos grupos étnicos, lingüísticos, religiosos o sociales, que resultasen especialmente afectados⁶²².

En Colombia, este principio ha sido recogido por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción así:

Ley 137 de 1994, artículo 14. No discriminación: Las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Lo anterior, no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

1.2.7 Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional

Las medidas tomadas, deben respetar en todo caso los derechos consagrados en los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos⁶²³. Estos tres principios tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de excepción.

Con respecto al *principio de compatibilidad*, tanto el Pacto como las dos Convenciones regionales ya referidas, prevén que los Estados podrán, bajo las condiciones antedichas, suspender las obligaciones contraídas en virtud de estos instrumentos, "siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás

⁶²² H. FAUNDEZ-LEDESMA. *Supra* nota 11. p. 124.

⁶²³ DESPOUY, Leandro. Los derechos humanos y los estados de excepción. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. pp. 25-43.

obligaciones que impone el derecho internacional". De este modo, este principio tiene como finalidad compatibilizar las distintas normas internacionales que regulan la materia, puesto que en un mismo Estado puede a la vez ser parte en varias convenciones internacionales y regionales⁶²⁴.

Además, el párrafo I del artículo 4 del PIDCP, establece que las disposiciones que suspenden las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, no deben ser incompatibles con las demás exigencias que impone el Derecho Internacional. Incluso las medidas que las circunstancias requieren no deben ser aplicadas si éstas están en conflicto con otras obligaciones del Derecho Internacional.

Particular importancia sobre este punto presenta la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En efecto, tanto los Convenios de Ginebra de 1949, como los Protocolos Adicionales de 1977, disponen que aún en caso de un conflicto armado ninguna suspensión podrá extenderse a derechos protegidos por los Convenios y Protocolos mencionados. Así, el artículo 49 del Convenio relativo a los prisioneros de guerra, establece la prohibición de someter a trabajos forzados a los oficiales prisioneros. Cabe también mencionar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el cual resulta aplicable en caso de conflictos que no tengan carácter internacional y que prohíbe, *inter alia*, "las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, no emitidas por un Tribunal regularmente constituido, revestido de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados".

Existen, además, otras obligaciones internacionales que limitan los efectos de la suspensión de ciertos derechos humanos. Así, la "Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio" entiende por Genocidio, la ejecución de ciertos actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, por medio de: a) la matanza de los miembros del grupo; b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo); c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear

⁶²⁴ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 12. Motivación de incompatibilidad: "Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente estado de excepción".

su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

Por tanto, cualquier acto que, en presencia de una emergencia, podría considerarse lícito, resulta prohibido si el mismo se ejecuta con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Otro extremo de especial importancia es la coexistencia de instrumentos universales y regionales en la materia. En la medida que el Pacto Internacional y la Convención Americana no cubren los mismos derechos inderogables, los Estados que son Partes en ambos instrumentos, al momento de invocar una cláusula de suspensión, solamente pueden suspender aquellos derechos que no se encuentran excluidos de la cláusula de suspensión por ninguno de los dos textos. Además, las condiciones de operatividad deberán ajustarse, también, a las exigencias de ambos instrumentos, incluso en aquellos aspectos que no coincidan. En cuanto a la extensión y alcance de la suspensión de los derechos que pueden ser derogados en ambos textos, ésta no podrá tener otros efectos que los que resulten permitidos por ambos convenios. Así, las condiciones de un instrumento se transmiten al otro en la medida que sea más favorables al individuo.

Por ejemplo, un país que es Parte en la Convención Americana y en el Pacto, no podría invocar ante la Comisión Interamericana, a raíz de ese principio, la suspensión del ejercicio de un derecho admitido en el Pacto pero prohibido en la Convención Americana. Lo que está implícito en esta exigencia de compatibilidad es la preeminencia de las normas favorables a la protección de los derechos humanos. A su vez, estas últimas no se excluyen sino que se complementan y refuerzan recíprocamente. Esto aparece con absoluta claridad en las situaciones de crisis graves provocadas por conflictos armados de fuerte o relativa intensidad donde se da una aplicación simultánea y complementaria del DIDH y del DIH.

El *principio de concordancia* entre la finalidad de la derogación y los derechos reconocidos en el orden internacional aparece claramente establecido en el artículo 5.4 del PIDCP cuando estipula que las restricciones impuestas no pueden estar encaminadas a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto.

Este criterio se aplica también en el supuesto de que la suspensión de las garantías constitucionales haya sido declarada por un Gobierno surgido de un golpe de Estado, con la finalidad de afianzarse y/o perpetuarse en el poder. A este respecto, es importante destacar que la Corte Interamericana ha entendido que la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de OEA.

Igualmente, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 29, inciso c), que establece que las restricciones previstas en la Convención Americana no pueden ser interpretadas en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática, representativa de gobierno", señalando en forma contundente que las garantías que se desprenden de este artículo, no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ésta esté amparada por garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de derecho.

En suma, todos estos principios han sido recogidos por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, estableciendo como presupuestos adicionales: i) *la motivación de incompatibilidad* –LEEE, Art.12-; ii) *la no discriminación* - LEEE, Art.14-; iii) *las prohibiciones* consistentes en suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales; interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado y suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento, -art.15-⁶²⁵; y iv) *la no contradicción específica*⁶²⁶.

⁶²⁵ "Además de las prohibiciones señaladas en esta ley, en los estados de excepción de acuerdo con la Constitución, no se podrá: a) Suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales. b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado. c) Suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento".

⁶²⁶ Verifica las demás limitaciones previstas en la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los estados de excepción. En la sentencia C-149 de 2003, se manifestó: "Este juicio parte de la premisa de que la Constitución no se suspende sino que tiene plena aplicación durante los estados de excepción. De conformidad con la Ley 137 de 1994, el gobierno tiene dos tipos de facultades: (i) las enunciadas expresamente para los estados de excepción (artículo 38); y (ii) las generales que consagra la Constitución (artículo 36). La constitucionalidad del ejercicio de tales facultades depende de que no exista una contradicción específica con la Constitución y los tratados internacionales. Ello se aprecia en cada caso teniendo en cuenta que un estado de excepción permite excepciones a las reglas generales siempre que no se afecten los límites anteriormente señalados". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-149 de 2003. Op. Cit.

1.2.8 Principio de temporalidad

Como su nombre lo indica, las medidas tomadas y el desequilibrio entre los poderes públicos que ellas generan, tendrán que tener necesariamente límite en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo "por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación".

Subrayando el carácter temporal del estado de excepción, el Comité de Derechos Humanos ha entendido, en su Observación General No. 29⁶²⁷ sobre el artículo 4 del Pacto, que la obligación de informar inmediatamente a los otros Estados partes los derechos que hayan sido suspendidos, incluye las razones que lo motivan y la fecha en que terminará la suspensión.

Para la Corte Constitucional de Colombia este principio apunta a que:

...los estados de excepción han de tener una vigencia temporal limitada, el término estrictamente requerido para superar el hecho que configura la situación excepcional. Expresamente señalado en el artículo 27 de la CADH, fue recogido por el artículo 213 de la Carta cuando señala que el estado de conmoción interior tendrá una duración de 90 días, prorrogable por dos períodos iguales. El principio de temporalidad incluye, además, que los efectos de las medidas excepcionales también tengan una duración definida y que el estado de excepción deba cesar coetáneamente con la amenaza que lo motivó, o cuando dicha perturbación sea de una entidad tal que pueda ser manejada a través de las facultades ordinarias. Por lo tanto guarda relación con la previsión del artículo 214.4 constitucional según la cual *"Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al estado de conmoción interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción..."*⁶²⁸.

Por todo lo dicho, es claro entonces, que los principios consagrados en las normas internacionales imponen límites necesarios y de imperativo cumplimiento a la actuación discrecional que ejercen las autoridades públicas durante los estados de excepción, los cuales tienen como única justificación la defensa del sistema democrático, entendiendo

⁶²⁷ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "Estados de excepción y suspensión de derechos", 2001

⁶²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-070 del 12 de febrero de 2009. Magistrados Ponentes: Humberto Sierra Porto, y Clara Elena Reales Gutiérrez.

por tal, aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. Estado de derecho, democracia y derechos humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria.

2. LAS GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 27.2 IN FINE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA (OC-9/87)

Luego de que la Corte dijera en su opinión consultiva OC-8/87⁶²⁹ que el *hábeas corpus* es de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden suspenderse en estado de excepción, el Gobierno de Uruguay solicitó una opinión consultiva para que la Corte se pronunciara sobre cuáles son todas las garantías a las que hace referencia la Convención.

Para contestar aquel interrogante la Corte Interamericana se abstuvo de dar en su opinión consultiva OC-9/87⁶³⁰, una enumeración exhaustiva de todas aquellas garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2 in fine, limitando su análisis “*al amparo, al hábeas corpus, al debido proceso legal y a aquellas otras garantías que se desprenden del artículo 29.c de la Convención Americana*”. Esta enumeración de garantías dependerá, en cada caso, de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos afectados y de los hechos concertados que motiven la indagación.

La Corte explicó que las *garantías*, genéricamente, *sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*. Como los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (Art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia⁶³¹.

⁶²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías, del 30 de enero de 1987. San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte, 1987. p. 49. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/opiniones-consultivas>

⁶³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 6 de octubre de 1987. San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte, 1987. p. 41.

⁶³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-9/87, Op. Cit.,

En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros⁶³². Con esta reiterada definición, la Corte enfatiza el importante rol que cumplen las garantías en la efectiva protección de los derechos humanos. Estas garantías deben ser no solo indispensables sino judiciales. Esta expresión, que apunta justamente a su efectividad, no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, cuando por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial⁶³³. Por lo tanto, deben considerarse como indispensables, en los términos el artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud⁶³⁴, ellos son:

2.1 El hábeas corpus

Según la Corte, el *hábeas corpus*, previsto en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³⁵, en su sentido clásico, tal como ha sido

p. 25.

⁶³² Ibid., p. 26

⁶³³ Ibid., p. 24.

⁶³⁴ Ibid., p. 29

⁶³⁵ El artículo 7.6 dice: Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados cuyas leyes prevén que toda persona

regulado en los ordenamientos jurídicos de los países americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.

La importancia de la vigencia del *hábeas corpus* durante las situaciones de emergencia es obvia. Su función esencial, al exigir la presentación del detenido ante el juez o Tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada, es la de ser un medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona; impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención; y la de protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶³⁶.

2.2 El Recurso de Amparo

El recurso de amparo, regulado en el artículo 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica⁶³⁷, es aquel procedimiento judicial, sencillo y breve, destinado a la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la propia Convención Americana. Esta norma establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

En palabras de la Corte, el recurso de amparo incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos, según el cual “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tiene lugar. En este sentido debe subrayarse

que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o Tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

⁶³⁶ *Ibid.* párr. 36.

⁶³⁷ El artículo 25.1 de la Convención Americana dispone: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.

que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

2.3 El Debido Proceso Legal

El artículo 8 de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma, para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales⁶³⁸. Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2.4 Garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno:

Las “*garantías... que se derivan de la forma democrática de gobierno*”, a que se refiere el artículo 29.c CADH, no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de derecho⁶³⁹. De esta manera, la Corte consideró como garantías indispensables las inherentes a la preservación del estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

⁶³⁸ Ibid., pp. 27-30

⁶³⁹ Ibid., p. 37.

En suma, la Corte fue de la opinión, por unanimidad, que “los procedimientos judiciales consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición⁶⁴⁰.”

3. EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Uno de los primeros límites que imponen las normas internacionales es la imposibilidad de restringir, a través de medidas de excepción, *el núcleo esencial de los derechos humanos*. Únicamente es posible una *restricción* en el ejercicio de los derechos sin llegar a eliminarlos, negarlos o derogarlos. No obstante, al tratar de establecer el núcleo esencial de un derecho, es decir, el contenido que no debe ser vulnerado, se crea un espacio nebuloso del que se puede llegar a abusar, por lo que resulta una tarea tan difícil como la de determinar el *contenido* y los *límites* de ese derecho.

De este modo, el *contenido esencial del derecho* es un concepto jurídico indeterminado que debe determinarse para cada derecho específico. En última instancia será el Tribunal Constitucional, como intérprete final de la Constitución quién especifique el contenido esencial que hace reconocible al respectivo derecho, según la naturaleza del mismo, pues el contenido esencial es lo que hace que un derecho sea lo que es.

La discusión fundamental respecto del contenido esencial se genera en la doctrina alemana, pues de allí procede esta institución y el debate ha girado en torno, a si se trata de un concepto relativo o de un concepto absoluto. Esto es, si el contenido esencial puede quedar relativizado o incluso ceder hasta el punto de resultar anulado parcial o totalmente en la colisión del derecho fundamental con otros derechos u otros bienes, o si

640 *Ibid.* Opinión de la Corte, párr. 44.

por el contrario, el contenido esencial apela a un núcleo inderogable en cada derecho fundamental, sea cuales sean los derechos o intereses con los que colisione⁶⁴¹.

En ese sentido, retomando el concepto de ‘*contenido esencial*’ usado por el Profesor alemán, Peter Häberle, en su obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*⁶⁴², se denomina ‘*contenido esencial*’ al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Valga resaltar, que siguiendo a Häberle, este mismo concepto aparece como un requisito que debe tener todo derecho fundamental en la Sentencia T- 406 de 1992, proferida por el magistrado ponente Ciro Angarita Barón ⁶⁴³.

No obstante, cabe aclarar que fue en la sentencia T-002 de 1992⁶⁴⁴, donde se introdujo por primera vez este concepto, a propósito de un caso en el que una persona consideraba que la Universidad en la que estudiaba le estaba desconociendo su derecho fundamental a la educación al decidir que no podía continuar con su carrera de ingeniería, por haber perdido tres veces una de las asignaturas que era requisito en el programa. La Sala decidió que no existía “[...] *vulneración ni amenaza del derecho fundamental a la educación porque con la reprobación de una asignatura en varias oportunidades, la peticionaria perdió el derecho a continuar sus estudios en ese programa concreto, sin perjuicio de iniciar, en igualdad de condiciones a los demás estudiantes, un programa de estudios distinto del cual fue excluida (...)* En otras palabras, la educación puede ser encauzada y reglada autónomamente, pero no negada en su núcleo esencial.

Si bien la noción de núcleo esencial ha sido estructural dentro del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, ha evolucionado en conjunto con otros criterios como razonabilidad, ponderación o armonización concreta, por ejemplo, para poder ser un

⁶⁴¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Fuentes del derecho. Vol. I, Principios del ordenamiento constitucional. Madrid: Tecnos, 1991. p. 304.

⁶⁴² HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: en la Ley Fundamental de Bonn*. Traductor: Joaquín Brage Camazano; Presentación y Estudio Preliminar por Francisco Fernández Segado. Madrid: S.L. – DYKINSON, 2003.

⁶⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T 406 de 1992. Op. Cit.

⁶⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

concepto, que pueda ser usado con una mínima claridad y precisión por las personas, en especial por las vinculadas al sistema jurídico. Ni la noción de núcleo esencial de un derecho, ni las nociones particulares que del núcleo esencial de un derecho específico se han intentado, logran ser definiciones que le permitan a las personas contar con criterios de uso de la expresión que faciliten establecer cuándo puede emplearse y cuándo no.

En efecto, las definiciones de ‘*núcleo esencial*’ de los derechos fundamentales que ha acuñado la jurisprudencia no contemplan criterios claros y precisos de uso de la propia expresión. Existen intentos por definir el núcleo esencial de diversos derechos, pero siempre se trata de indicaciones y parámetros más o menos amplios que no permiten establecer con claridad y precisión cuál es el núcleo esencial del derecho. Así por ejemplo, en Colombia se ha intentado establecer el núcleo esencial, entre otros, de los siguientes derechos⁶⁴⁵:

- La *ecología* contiene un núcleo esencial, entendiendo por éste aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados.
- En el *derecho a la honra*, el núcleo esencial es el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás, independientemente de toda limitación normativa.

El núcleo esencial del *derecho al libre desarrollo de la personalidad* protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana (CP Art. 1), cuyos contornos se determinan de manera negativa, estableciendo en cada caso la existencia o inexistencia de derechos de otros o disposiciones jurídicas con virtualidad de limitar válidamente su contenido⁶⁴⁶.

Pero, en otras ocasiones, la jurisprudencia no establece que es el núcleo esencial de un derecho, sino que se limita a señalar, qué no lo es: Así por ejemplo, sostuvo que:

... según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hacen parte del núcleo esencial del derecho al trabajo la facultad de ocupar determinados puestos o cargos públicos, de estar vinculada una persona a una entidad, empresa u organización definidas o de cumplir funciones en un lugar

⁶⁴⁵ Ver salvamento de voto, magistrada María Victoria Calle Correa. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-942 del 16 de Diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴⁶ *Ibíd*

específico. Estas ventajas, mutables y accidentales, que se alteran durante la relación laboral, que son accesorias al nódulo central del derecho y, por tanto, no hacen parte fundamental del mismo, no son amparables, en principio, por vía de tutela...⁶⁴⁷

Por lo anterior, es necesario, resaltar el salvamento de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa, a la Sentencia C-942 de 2009, el cual resulta de suma importancia, para tener claridad sobre el concepto de núcleo esencial y la ambigüedad de su contenido expreso, pues opina que “si la jurisprudencia no cuenta con criterios para establecer claramente cuáles son los contenidos del núcleo esencial de un derecho fundamental específico, con mayor razón carece de criterios generales y abstractos que permitan establecer cuál es el contenido del núcleo esencial de cualquier derecho fundamental”⁶⁴⁸.

No obstante, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina colombiana se ha generado algún debate sobre cuál ha sido el uso que la noción ha tenido en la jurisprudencia constitucional, y opinan que el papel más importante del núcleo esencial, es: fijar ‘*una barrera insuperable*’ al legislador, al respeto de los derechos fundamentales; impedir que se ‘*anule*’ el derecho, que se restrinja o limite por completo. Así, en la sentencia C-756 de 2008 se dijo:

...Tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de esta Corporación coinciden en señalar que la teoría del núcleo esencial se aplica como una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador. En efecto, frente a la indiscutible facultad del legislador de regular e, incluso, de restringir los derechos fundamentales de las personas, el deber de respetar su núcleo esencial aparece como una barrera insuperable que es exigible para evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o para impedir que se despoje de su necesaria protección. Por ello, aunque el legislador justifique la necesidad, idoneidad y adecuación de la restricción de un derecho fundamental, si ésta suprime el núcleo esencial, la medida debe ser retirada del ordenamiento jurídico porque impone un sacrificio desproporcionado del derecho contrario a la Constitución...⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ Ibíd.

⁶⁴⁸ Ibíd.

⁶⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-756 del 30 de Julio de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sobre el ‘*núcleo esencial*’ de los derechos humanos, el magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de colombiana, Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, en entrevista personal, opina que:

...*Se trata de una metáfora*. En efecto, con la expresión ‘*núcleo esencial*’ de un derecho fundamental, se hace referencia a aquellos ámbitos de protección centrales y característicos del derecho, sin los cuales el derecho se entendería anulado, de manera similar a como desaparecería una célula si perdiera su núcleo esencial, lugar en el cual se encuentra el ADN, esto es, la información genética que define que esa célula sea lo que es y cómo es, y sin la cual sería una cosa distinta o simplemente, dejaría de ser...⁶⁵⁰

La comparación que se hace con los derechos y las cosas que tienen un ‘*núcleo esencial*’, busca por tanto, hacer comprensible la idea de que existen una serie de ámbitos de protección de todo derecho fundamental que son indispensables y que no pueden ser suprimidos en el orden constitucional vigente, porque ello equivaldría a permitir que el legislador puede suprimir derechos constitucionales fundamentales. En otras palabras, existen medidas que fijan limitaciones o restricciones a un derecho en ámbitos de protección tan centrales y característicos que, en realidad, constituyen una supresión del mismo. Es decir, son formas veladas de anular materialmente el goce efectivo de un derecho constitucional.

En suma, el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse ‘*el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental*’. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección.

⁶⁵⁰ ENTREVISTA con Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Magistrado Auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

En razón a las dificultades que supone la aplicación y uso de la noción de núcleo esencial de un derecho, como único criterio para resolver los casos, es que la jurisprudencia constitucional colombiana, desde su inicio, fue estableciendo una serie de parámetros y criterios adicionales que permitan darle operatividad a este concepto. A continuación, se hará referencia a esta evolución jurisprudencial.

3.1 Tránsito del núcleo esencial a la razonabilidad, la proporcionalidad y otras herramientas de decisión

En la medida que la noción de ‘núcleo esencial del derecho’ no cuenta con una definición que permita a los magistrados y jueces usarla de forma más o menos precisa, este concepto ha sido complementado por otros criterios que permiten al juez, y a las personas en general, establecer en cada caso, con mayor certidumbre, cuáles son los contenidos infranqueables de un derecho fundamental en una situación determinada.

Desde el inicio de la jurisprudencia era sabido por todos que las determinaciones que se hacían del núcleo esencial eran vagas y ambiguas. Por ello en la sentencia T-411 de 1992, se empezó a desarrollar la noción de *razonabilidad* como un criterio para determinar si se había violado o no el ‘núcleo esencial’ de un derecho, en los siguientes términos: “*se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.

El criterio de razonabilidad fue ratificado por la Sentencia T-426 de 1996, en la cual, además, se incluyó un nuevo criterio: *la ponderación*. La Corte sostuvo lo siguiente:

La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio⁶⁵¹.

⁶⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992. Op. Cit.

En el año 1996 se continúa ligando el criterio de razonabilidad con el de ‘núcleo esencial’ del derecho, encontrando en el primero un camino para poder determinar el alcance del segundo. De esta manera, por ejemplo, en la *sentencia T-028 de 1996* se resolvió no tutelar el derecho de una persona que, en el contexto de una comunidad estudiantil y académica, consideraba que se habían hecho afirmaciones que violaban su derecho al buen nombre y a la honra. La Corte sostuvo en aquella oportunidad que son los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad los que le permiten analizar las particularidades y especificidades del caso concreto. Al respecto se dijo:

...En el caso de los derechos al buen nombre y a la honra, la imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. Por esta razón, la labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración de los derechos en comento.” (subrayas fuera del texto original)

En el año 2000, la jurisprudencia constitucional, da señales de haber decantado el tema y haber encontrado en los criterios como razonabilidad y ponderación, parámetros para determinar el alcance del núcleo esencial de un derecho, que, se supone, no puede ser desconocido. En ese sentido, los casos más difíciles, son los suponen la existencia de dos núcleos esenciales que no puede ser desconocidos. Aquellos casos en los que dos derechos, igual de importantes y fundamentales, se enfrentan, porque recíprocamente se restringen y limitan, la cuestión no es tan fácil de resolver, ni siquiera en principio. La pregunta sería ¿Cuál derecho constitucional ha de protegerse? ¿Cómo reprochar a una autoridad por violar la Constitución cuando, precisamente, lo que motiva su acción es garantizar el goce efectivo de la misma, aunque en otro de sus ámbitos de protección? *Son esos casos los que evidencian que los derechos constitucionales no son absolutos.*

En la sentencia T-1001 de 2000, por ejemplo, la Corte Constitucional vincula explícitamente los criterios de *razonabilidad y proporcionalidad* con el *núcleo esencial* del derecho, indicando que aquellos son dos de los instrumentos con los que cuentan los jueces constitucionales para establecer, en un caso concreto, si efectivamente el derecho constitucional de una persona fue violado o no. Dijo al respecto la sentencia,

...El núcleo esencial de los derechos fundamentales en la hermenéutica constitucional Dada la amplia gama de derechos y garantías plasmados en la Carta de 1991, mal podría concebirse la naturaleza absoluta de su carácter pues, en pos de lograr una articulación armoniosa y coherente de todos los postulados constitucionales, es indispensable restringir razonablemente el ejercicio de los derechos individuales. Es por esto que la jurisprudencia constitucional, atendiendo al principio del carácter no absoluto de los derechos, ha considerado legítimas aquellas limitaciones razonables a su ejercicio, particularmente, cuando se originan en el respeto de los derechos de terceros y a la prevalencia del interés general. Así, cuando un caso determinado suponga la existencia de una tensión entre dos o más derechos fundamentales, debe el juez constitucional entrar a verificar la naturaleza de la vulneración o amenaza que sufra cada uno de ellos, para determinar el sentido de su decisión. En efecto, el juez constitucional debe entender que ‘el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado dentro de una concepción sistemática e integral’, pues la Constitución no estableció un sistema jerárquico ordenador de los derechos fundamentales, sino más bien un ‘modelo de preferencia relativa’ que se articula según las circunstancias específicas de cada caso...

La sentencia T-1001 de 2000 funda la anterior regla en dos sentencias, la T-228 de 1994 y la C-475 de 1997. En la sentencia T-228 de 1994 la Corte establece la regla básica según la cual los derechos en un estado social derecho no son absolutos y, por tanto, pueden ser objeto de limitaciones a la luz de los fines asignados constitucionalmente al Estado y la necesidad de actuar en pro de estos. Fueron suyas estas palabras:

...Los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos. Encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales. El ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado dentro de una concepción sistemática e integral que haga compatibles el ejercicio y la protección de los derechos con la exigencia del cumplimiento de las cargas, obligaciones y deberes de los asociados, elementos inherentes

a aquellos y sobre los cuales no puede prevalecer un concepto individualista que pretenda erigir en ilimitadas las posibilidades que el ordenamiento otorga al titular del respectivo derecho.”

En la sentencia T-1001 de 2000, la conexión con la razonabilidad y la proporcionalidad se establece, en especial, a partir de la sentencia C-475 de 1997. En ese caso, la Sala Plena de la Corte indicó que en tanto “*la concepción ‘absolutista’ de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.*” La Corte expuso la cuestión en aquella oportunidad en los siguientes términos,

“A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de ‘pluralismo valorativo’, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas *iusfundamentales* tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos.

Luego, en la sentencia C-993 de 2004, siguiendo la jurisprudencia constitucional al respecto, la Corte empleó el concepto de ‘núcleo esencial’ para denominar aquellos ámbitos de protección centrales y característicos de un derecho fundamental (en ese caso, del *habeas data*, Art. 15, CP), con el fin de establecer que al Congreso de la República no se le confirió la facultad de intervenir en tales temas mediante el procedimiento ordinario para la expedición de leyes, sino mediante el procedimiento propio de las leyes estatutarias. Se reiteró que el ‘núcleo esencial’ de un derecho fundamental no puede ser objeto de regulación por un tipo de ley diferente a la Estatutaria, pues, como se sabe (Art. 153, CP), versan sobre asuntos que materialmente son centrales para la Constitución Política, y en tal medida hacen parte íntima de los contenidos básicos del marco trazado por el orden constitucional vigente. Además, las leyes estatutarias han de ser aprobadas por una mayoría absoluta, lo cual supone,

usualmente, el apoyo de alguna o algunas fuerzas políticas minoritarias. Este sistema de frenos y contrapesos al interior del sistema político, promueve un mayor debate y deliberación democrática.

La Corte advirtió en aquella ocasión que el núcleo esencial de un derecho es uno de esos límites infranqueables para el legislador, incluso el estatutario. Por ello, señaló expresamente que no le es dable al legislador “*en ningún caso*”, “*vulnerar la esencia de este tipo de derechos*”; bien sea por medio de una ley estatutaria “*que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental*” o a través de una ley ordinaria “*que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental*”. En consecuencia, afirma categóricamente que “*el núcleo esencial de un Derecho Fundamental no puede ser afectado por el Legislador*”, por lo que en caso de ser violada tal regla, la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico por vicios de procedimiento en su formación. En otras palabras, *no se puede borrar un derecho fundamental constitucional, mediante la ley*. Los elementos estructurales, nucleares o esenciales, si se quiere, de un derecho constitucional no pueden ser abandonados o dejados de lado por el Poder Legislativo, así lo haga democráticamente. Carece el Congreso de tal competencia, en calidad de legislador, bajo el orden constitucional vigente⁶⁵².

La noción que usa la Corte en esta ocasión (C-993 de 2004), es que “*debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental*.” Si bien es cierto, que en este caso se da alguna luz con relación a que es lo que se hace referencia, no se trata de una definición conceptual que permita operar jurídicamente, ni a autoridades ni a funcionarios judiciales, así como tampoco a los ciudadanos. Puede preguntarse entonces ¿qué es aquello sin lo cual un derecho fundamental ‘*deja de ser lo que es*’, sin lo cual se ‘*convierte en otro derecho diferente*’? ¿Cuándo pierde un derecho lo que lo caracteriza o tipifica como tal? La definición no plantea criterios de uso que permitan responder las cuestiones anteriores. De hecho, el remate final de la definición citada muestra sus circularidad, la cual se evidencia al juntar el inicio de la frase con su

⁶⁵² Ibíd.

sentido final. Es decir: “*debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel [...] sin lo cual se le quita su esencia fundamental.*”

Más tarde, en la sentencia T-452 de 2009, la Corte Constitucional empleo la noción de ‘*núcleo esencial*’ del derecho, haciendo referencia al derecho a la seguridad social en general, y en especial a la posibilidad de acceder a una pensión, señalando que de acuerdo con la jurisprudencia, se ha de entender que parte del ‘*núcleo*’ de ese derecho constitucional es de *carácter progresivo*. Esto es, parte del ‘*núcleo*’ del derecho constitucional, llamado esencial, no existe desde el momento en que el derecho comienza a regir. Es decir, existen aspectos de los derechos que aún no existen o no han sido delimitados, pero que en un futuro, con su desarrollo programático sí se reconocerán, y deberán entenderse como partes estructurales del derecho.

Por lo anterior, si bien, en el año 2009, el concepto de núcleo esencial se sigue empleando, se hace para hacer referencia al carácter de ‘*infranqueables*’ e ‘*inviolables*’ que tienen aquellos aspectos del núcleo esencial de un derecho fundamental, sin precisar bien los contenidos del mismo, sino en función de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Se concluyó en aquella época, que el núcleo esencial no es un concepto o un criterio determinante y estructural del caso. Incluso, se advirtió que era un concepto que se usaba, en especial, al inicio de la jurisprudencia.

En el mismo sentido, el magistrado auxiliar Aquiles Arrieta Gómez, en entrevista personal, expresó su inconformidad con el concepto del núcleo esencial del derecho, porque opina que la expresión del núcleo del derecho, es una expresión que tiene muchos problemas conceptuales para ser precisada. Reconoce que en una época tuvo una utilidad constitucional muy grande, y fue evitar que se anulara el derecho. Esencialmente, el test consistía en: ‘ *demuéstreme que Usted no me anula el derecho, demuéstreme que Usted no me quita lo básico de este derecho*’. Pero existe otra teoría, y entonces propone utilizar otra metáfora denominada “*red de derechos*”, que explicó en los siguientes términos:

.... En el concepto de núcleo esencial, el derecho tiene unas partes centrales que son muy importantes y unas partes externas que no son tan importantes; que son menores. Hablar de una “*red*” te cambia la metáfora. Si yo tengo la metáfora de la red, en la red lo importante son los “*nodos*”.

Por ejemplo: si yo tengo la libertad de intimidad, yo podría decir, bien, en el área de internet, hay unos puntos nodales, estructurales, sin los cuales la red se cae. Entonces, es una metáfora distinta; si tengo visión de red, puedo encontrar nodos estructurales en el área de cada derecho, o sea un derecho genera una red de protección en diferentes ámbitos de la vida humana, entonces debo mantener los distintos nodos, y no estoy buscando el núcleo esencial de cada derecho, sino que debo preocuparme de todos los puntos nodales para que pueda haber una red de protección a todos los derechos, incluso aquellos que están en la periferia...⁶⁵³

En otras palabras, mientras que el acento sobre el criterio de '*núcleo esencial*' lleva al juez a preocuparse especialmente sobre aquellos aspectos mínimos del derecho, en especial los que ya han sido identificados en el pasado como tales, por la jurisprudencia constitucional, el énfasis en la *razonabilidad* y la *proporcionalidad* llevan al juez a fijarse en todos los ámbitos de protección del derecho fundamental. Así, la imagen del núcleo de un derecho podría dejar de verse como el núcleo de una célula o el núcleo de un átomo, para verse mejor como las características básicas y estructurales de una red. En la visión de red, puedo encontrar nodos estructurales en el área. Es decir, que un derecho genera una red de protección; y esa red de protección cubre diferentes ámbitos de la vida humana. Entonces, en cada ámbito de la vida humana, para que la red se sostenga, yo debo mantener una serie de nodos para que no se desarme esa red. Entonces yo no estaría buscando el punto central de un derecho en particular, cuál es el contenido último, la esencia, el alma, sino que debo identificar cuáles son aquellos aspectos nodales, para que se arme una red de protección a partir de ese derecho.

Al ver el núcleo de un derecho, su contenido esencial, como el conjunto de características estructurales y básicas que definen una red se deja esa visión geográficamente 'centrada' de los contenidos esenciales de un derecho fundamental. Esa visión que se preocupaba por proteger los ámbitos mínimos de protección, los que están en el centro. Una red neuronal, como los contenidos esenciales de un derecho, tienen una fuerza expansiva que le permiten desarrollarse y recrearse. La red de protección que extiende los contenidos esenciales –los contenidos nucleares– de un derecho, sobre los diferentes ámbitos de protección, puede que no se haya desarrollado

⁶⁵³ ENTREVISTA con Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Magistrado Auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

por completo y aún no cubra ámbitos que en el futuro sí cobijara. El contenido nuclear de un derecho fundamental, sus ámbitos de protección esenciales, se desarrollan y avanzan de acuerdo a la amenazas y riesgos que pueden enfrentar.

De esta manera no se veía el contenido esencial de un derecho como un conjunto de protecciones o garantías que se encuentran en el centro de todos los ámbitos de protección que cubre el derecho fundamental, considerado íntegramente. Cuando se piensa en el núcleo de un derecho como el centro de una célula, los ámbitos externos de ésta parecen carecer de valor constitucional. En otras palabras, la Constitución de 1991 no habría impuesto los derechos fundamentales en tales ámbitos de protección, como límites a las actuaciones de los poderes que actúan, precisamente, invocando la autoridad que dicha Carta Fundamental les otorgó.

En síntesis, la visión del núcleo esencial de un derecho, como centro mínimo y básico de protección, protegía ante todo, que bajo ninguna circunstancia se afectaran los contenidos esenciales de un derecho constitucional fundamental. La visión de la razonabilidad y la proporcionalidad, como criterios que garantizan que se preserven los elementos definitorios y característicos de la red de protección que extiende un derecho constitucional sobre la vida de las personas, por otra parte, es una visión que protege la totalidad e integridad de la misma. En tanto toda la red comparte el núcleo de la misma, esto es, sus elementos definitorios y estructurales, puede ser que una afectación en sus extremos sea intolerable, incluso más allá de la que generaría una afectación sobre las partes que se encuentran en la mitad de la red.

En este orden de ideas, en Colombia y en el derecho comparado, se deben desarrollar parámetros y criterios cada vez más certeros y precisos, que permitan reducir los márgenes de discrecionalidad e incertidumbre a la hora de decidir, crear mejores herramientas para establecer un debate racional público, de tal suerte que promueva la defensa de la seguridad jurídica, sin menoscabar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. Por ello, con la razonabilidad y el test de razonabilidad lo que se busca pasar de un control leve, en un plano de arbitrariedades y de ejercicios y abusos del poder, a un contexto y un control jurídico, en el cual la decisiones tomadas por el Gobierno deberán ser debidamente argumentadas, racionales y proporcionales. En todo caso, aunque el gobierno, el legislador o cualquier otra

autoridad, pretendan suspender, limitar o restringir olímpicamente los derechos. Del otro lado, la Constitución de 1991, y la Corte Constitucional han creado distintos medios, que han resultados exitosos, para controvertir las razones de Estado y salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc.

4. APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LA DISTINCIÓN ENTRE SUSPENSIÓN, LIMITACIÓN, Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Partiendo de la base de que un régimen de excepción implica un sacrificio a ciertos derechos humanos, debemos considerar que lo mejor sería que fuerantra el menor número posible, en la medida que no fuera indispensable el sacrificio de más derechos. Es decir, suspender un derecho más cuando fuese la última opción para evitar poner en riesgo los derechos humanos fundamentales. Es decir, que la situación sea de una gravedad realmente excepcional y que entonces, el régimen de emergencia constituya la salida menos grave para la seguridad de estos derechos.

El artículo 29 de la CADH aclara que ninguna de las disposiciones de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a algunos de los Estados partes, grupo o persona, “*suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*”. Esta disposición tampoco permite que se excluya o limite el efecto que puedan producir, tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como otros actos

internacionales de la misma naturaleza.

De manera adicional, es necesario resaltar que toda interpretación relativa tanto a tratados sobre derechos humanos en general, como en materia de estados de excepción en particular, debe tener en cuenta como criterio rector y básico el llamado principio *pro homine*, entendiendo por tal, que mientras la vigencia de los derechos humanos debe interpretarse extensivamente, por el contrario, las limitaciones restricciones y/o suspensiones de estos derechos deberá hacerse siempre restrictivamente.

No obstante, resulta pertinente señalar la distinción entre los conceptos: “limitar”, “restringir” y “suspender” un derecho. Es cierto que en la Constitución de Colombia no se les dio un uso técnico. El artículo 93, en su inciso primero, habla de derechos que no se pueden “limitar” en los estados de excepción, cuando el concepto adecuado es el de “suspensión” empleado en instrumentos internacionales como el Art. 4 del PIDCP y en el Art. 27 de la CADH⁶⁵⁴. En el ordenamiento interno, el artículo 214.2, de la Constitución expresa que “no podrán *suspenderse* los derechos humanos ni las libertades fundamentales en los estados de excepción”.

En este orden de ideas, en primer lugar, *la suspensión de garantías*, propia de un estado de excepción, carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona. Por esta razón puede decirse que la vigencia del sistema democrático es un presupuesto para la legitimidad de esa suspensión⁶⁵⁵. Pero a pesar de ello, la historia de la región latinoamericana y en particular la de Colombia nos demuestra que muchos estados de excepción fueron empleados para derribar las barreras que el derecho establece para proteger los derechos humanos. Cuando esto ocurre, el régimen de emergencia, pierde su verdadero sentido y naturaleza: “*defender al Estado de un peligro nacional*”, convirtiéndose por el contrario, en el recurso ilegítimo de un Gobierno en contra de su propia sociedad⁶⁵⁶.

Es sabido que el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Pero ello, no se contrapone a la

⁶⁵⁴ No se incluye en este breve análisis el concepto de “derogación” empleado en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, artículo 15.

⁶⁵⁵ PUIG CICCHINI, Op. Cit., p. 55-68.

⁶⁵⁶ *Ibíd.*

convicción de entender que el ser humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada y que se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana.

Si bien la Corte reconoció que la *suspensión de garantías* constituye una situación excepcional, en virtud de la cual es lícito para el Gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en tiempos normales, se encuentran prohibidas o bien sometidas a requisitos más rigurosos, ello no implica, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías —dijo la Corte Interamericana—:

...algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el Gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables...⁶⁵⁷.

Por lo anterior, según la Corte Interamericana, los estados de excepción no deben exceder la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, resultando por tanto ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborden aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aun dentro de la excepcionalidad jurídica vigente.

En ese sentido, la CrIDH ha dejado claramente establecido, en su Opinión Consultiva OC-9/87, que: “si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben cernirse”. Recordó además que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables”.

⁶⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N. 6, párr. 32^{1C6}.

Con relación a la pregunta ¿cuál es la distinción que existe entre los conceptos de *suspensión*, *limitación* y *restricción* de los derechos fundamentales?, en entrevista personal el magistrado auxiliar Aquiles Arrieta Gómez expresa que:

...Los derechos fundamentales no pueden ser suspendidos, yo no puedo decir, “*apagamos los derechos*”. Lo que se genera es una discusión muy amplia, y es cuándo se pueden *limitar o restringir*. Primero porque yo puedo entender esos conceptos de manera tal que me anulen los derechos, pero puedo limitarlos de tal manera, que puedo prácticamente anularlos. Se debe revisar en cuál hipótesis estamos. Hay dos conceptos claramente distinguibles, así se reconoce de manera sostenida en la jurisprudencia, pero luego en la práctica no se aplica. Algunas sentencias muy pilas, hacen una distinción acorde con el lenguaje internacional de derechos humanos. Muchas otras sentencias, no son juiciosas; *tratan como sinónimos*, *limitar y restringir*. Y en la práctica, obviamente se refleja en las sentencias aquellos casos donde hay una distinción, pero en la mayoría de la jurisprudencia son tratados como sinónimos ‘limitar’ y ‘restringir’...⁶⁵⁸

Conforme a lo anterior, la *suspensión de un derecho* consiste en restarle efectividad total de manera temporal, generalmente mediante una declaración formal de *suspensión*. Esto está prohibido en Colombia expresamente en nuestra Constitución en el artículo 214-2, no solo respecto de los derechos enunciados en el artículo 4 del PIDCP y en el artículo 27 de la Convención, sino de todos los derechos constitucionales fundamentales que son muchos más que los de la mencionada lista⁶⁵⁹. Por eso, bajo el imperio de la Constitución de 1991 no es posible que un decreto legislativo señale que queda suspendido el derecho de reunión como se hizo mediante el estado de sitio⁶⁶⁰, porque se estaría vulnerando abiertamente el artículo 214-2 y el núcleo esencial del derecho.

En ese mismo sentido, y frente a la misma pregunta, sobre la diferencia entre los conceptos de limitación y restricción, la exmagistrada auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia, María Cristina Gómez Isaza⁶⁶¹, opina que:

⁶⁵⁸ ENTREVISTA con Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, Magistrado Auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

⁶⁵⁹ No es del caso detenerse en la distinción jurídica e histórica entre los conceptos de derechos humanos, libertades fundamentales y derechos fundamentales.

⁶⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, Op. Cit.

⁶⁶¹ ENTREVISTA con María Cristina Gómez Isaza, exmagistrada auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Medellín, 19 de septiembre de 2014.

La *limitación* casi siempre tiene que ver con decisiones tomadas por el legislador. El legislador es el único que puede limitar los derechos fundamentales, porque tiene el origen democrático de la representación que permite seguir ese tipo de debate. La *restricción*, en el marco de la limitación, tiene que ver ya con lo que es el desarrollo de políticas de Gobierno concretas. Digamos que en el marco del orden que traza la ley, el Poder Ejecutivo podría, desde esas limitaciones, restringir esos derechos, y podría restringirlos de manera, digamos, temporal (...) las limitaciones tienen que ver más como con definiciones de carácter general que hace el legislador frente a ciertos derechos.

Por ejemplo, la ley de los estados de excepción establece las limitaciones, es una Ley Estatutaria (Ley 137 de 1994). Ahora, ¿la restricción quién la va a desarrollar? Pues, finalmente, la va a desarrollar el Poder Ejecutivo por medio de los decretos legislativos en los cuales se restringen los derechos humanos.

En resumen, para la mayoría de los Magistrados de la Corte Constitucional colombiana uno podría plantear que las limitaciones y las restricciones suelen ser tratados como sinónimos. No obstante hay que tener en cuenta que en otras sentencias la Corte Constitucional si ha establecido una diferenciación como por ejemplo en la Sentencia C-136 del 25 de febrero de 2009⁶⁶²

...Respecto de la *privación* de un derecho, debe afirmarse que solo puede hacerse de manera concreta, personal, como consecuencia de una sanción, que solo puede ser impuesta por un juez. Así, se *priva* de un derecho a una persona determinada, individualizada y quien priva de los derechos es el juez.

En cuanto a la *suspensión* de un derecho, ésta permite que el derecho pueda ejercerse ante otras personas que no sean el Estado (por ejemplo, frente a otros ciudadanos) y el derecho suspendido se rodea de ciertas garantías para evitar que haya abusos o suspensión sin requisitos. De este modo, se *suspende* un derecho frente a la autoridad pero no frente a otros miembros de la comunidad, se deben fijar las causas de la suspensión y si estas continúan para poder ser reactivado.

La tercera posibilidad es la de *limitar* un derecho que tiene como supuesto fundamental la posibilidad de ejercer el derecho; el derecho aun con un gravamen puede ser ejercido; al contrario sensu no puede impedirse su ejercicio. De esta manera, *limitar* presupone la posibilidad del ejercicio del derecho, que se ejerce con condiciones, pero no se impide su ejercicio. *En un estado de excepción solo está facultado para la limitación de los derechos...*⁶⁶³.

⁶⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-136 del 25 de febrero de 2009, Op. Cit.

⁶⁶³ *Ibíd.*

En términos generales, en sentencia C-300 de 1994⁶⁶⁴ la Corte Constitucional ha expresado que el sistema colombiano es el de la limitación de un derecho, según el cual se ejerce el derecho, pero con ciertas condiciones. De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 137 de 1994⁶⁶⁵, existen unos derechos que son intocables, incluso en el estado de excepción, como también han de tenerse en cuenta las limitaciones impuestos por los artículos 5°, 6° y 7° de la LEE, que aluden al respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales, lo cual es distinto de la intangibilidad de los derechos, concepto que se refiere al núcleo duro de los derechos humanos, dice la Corte:

Existen unos derechos que no se pueden tocar y otros, los que se pueden tocar, “no se puede tocar su núcleo esencial”. Según los principios de concordancia y complementariedad, en caso de incompatibilidad, prima el tratado internacional que prohíbe la limitación de los derechos fundamentales en los estados de excepción y tratándose de los derechos que sí pueden ser tocados –como el derecho de propiedad– debe respetarse su núcleo esencial...⁶⁶⁶

En efecto, según la jurisprudencia de la Corte de Colombia, se considera que la restricción de un derecho debe ser “necesaria”, solo cuando no existe otro medio para obtener el mismo resultado; de manera que si existe otro medio que restringe en menor medida un derecho debe utilizarse ese medio alternativo.

En resumen, en Colombia los derechos fundamentales no pueden “*privarse*” ni “*suspenderse*”, solamente pueden “*limitarse*”, lo que traduce que el derecho en ningún momento puede ser nugatorio, sino que debe ejercerse pero con unas cargas adicionales⁶⁶⁷. Si se suspende o se priva el derecho deja de ser lo que es, y en todo caso debe respetarse el núcleo esencial del derecho como tal. La suspensión del derecho, conlleva a la anulación del derecho, porque se suspende el núcleo esencial del mismo. Como afirma el magistrado Aquiles Arrieta Gómez: “Se apaga el derecho”⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-300 del 1 de Julio de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁶⁵ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia..., Op. Cit., Artículo 4. Derechos Intangibles.

⁶⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁶⁸ La Corte Constitucional de Colombia acoge el término del “*núcleo esencial*” de los derechos fundamentales, en un sentido similar al acogido por el Tribunal Español, definiéndolo de la siguiente manera: “... es el contenido mínimo que debe permanecer del derecho para que no se desnaturalice” ...

El concepto de *limitación* de un derecho es distinto. Se limita un derecho cada vez que éste es regulado y la razonabilidad de la limitación se puede apreciar tanto en abstracto como en concreto. Los límites pueden resultar del conflicto del derecho con otro derecho, con un deber, con un fin público o con un principio. Pero también, pueden resultar de simples regulaciones dirigidas a organizar su ejercicio. Todos los derechos, incluido el derecho a la libertad personal o a la presunción de inocencia, son limitables y generalmente han sido limitados en virtud de leyes ordinarias de manera permanente. La Corte ha establecido criterios para determinar si una limitación es constitucional o no lo es, dentro de los cuales se destacan los de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁶⁹.

El concepto de *restricción* a veces se usa como sinónimo de limitación, pero las restricciones son regulaciones muy gravosas a los derechos, que a mi juicio solo son admisibles durante los estados de excepción siempre que no lleguen al extremo de convertirse en una suspensión. Se trata de una cuestión de grado, pero que merece un análisis cuidadoso principalmente para responder a la pregunta de ¿cuáles son las limitaciones que son admisibles en un estado de excepción? No es una cuestión meramente dogmática, ya que el goce efectivo de los derechos de todas las personas puede depender de que esta línea sea trazada en el lugar que corresponde⁶⁷⁰.

En resumen, para la constitucionalista Maria Cristina Gómez Isaza, es claro entonces, que a la luz de la Constitución de 1991, el Poder Ejecutivo no puede limitar derechos. Aunque no exista doctrina al respecto se debe tener en cuenta la literalidad en la interpretación del artículo del 214, la profesora concluye lo siguiente:

...El problema ni siquiera son los decretos, son las agendas legislativas que tiene el propio Congreso. El propio Congreso ha permitido las limitaciones de los derechos sin necesidad de acudir a los decretos. Por eso mencionaba el ejemplo del derecho penal, pero también en temas de derechos laborales (...) lo que quiero decir es que el problema está no radicado solo en los estados de excepción, en los decretos legislativos o los decretos ley, sino que, paralelamente, el legislador ha ido cohonestado esa propuesta y lo ha vuelto ley. Ahí es donde uno advierte que ya no son necesarios los espacios de los estados de excepción, sino que en los

“aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es”, es “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asume el derecho o de las formas en que se manifieste...”

⁶⁶⁹ *Ibíd.*

⁶⁷⁰ *Ibíd.*

espacios, que se supone son los democráticos, se está cohonestando con una política, que no creo que sea de limitación de derechos. Creo que tiene que ver con las restricciones propias de los derechos...

5. LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Reconocer, por tanto, que algunos derechos pueden estar sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico. Al contrario, los derechos fundamentales se constituyen al interior de los Estados en un conjunto de atributos, cuyo respeto y protección son una de las claves más importantes para evaluar la verdadera legitimidad de un modelo político y social. Esto se configura de esta manera, porque finalmente, son derechos que cuentan no solo con una naturaleza subjetiva, sino que también con una dimensión objetiva que excede a la mera titularidad radicada en una persona determinada y especialmente, por su íntima unión con la más noble esencia del ser humano, como es su dignidad⁶⁷¹.

No obstante, como se dijo antes, los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que, en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias. Sin duda alguna, es parte de la naturaleza de la figura del estado de excepción la posibilidad de que existan restricciones al ejercicio de los derechos, con la finalidad de que el orden que se ha quebrantado retorne a su equilibrio. Por tal motivo, entenderemos por “limitaciones” a los derechos fundamentales:

...aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo...⁶⁷².

⁶⁷¹ Ver la línea jurisprudencial sobre la dignidad humana que ha construido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia 881 de 2002.

⁶⁷² Interesante en este punto es lo señalado por Miguel Ángel Fernández cuando señala sucinta pero acertadamente que “limitar significa restringir o comprimir el ejercicio normal de un derecho”. Fernández (2002), p. 695. Citado por TÓRTORA ARAVENA, Op. Cit., p. 167-200.

En ese sentido y como se ha venido sostenido a lo largo de este trabajo, tanto en la CADH como en el PIDCP los derechos se pueden clasificar en “*restringibles*” y “*no restringibles*”. Son “*restringibles*” aquellos derechos que han sido autorizados a restricción por el propio tratado, por su parte, los “*no restringibles*” son los que no tienen autorizado dicho mecanismo y constituyen el núcleo duro de derechos humanos, el cual se encuentra consagrado en el Artículo 4 del PIDCP y en el Artículo 27 de la CADH, y será analizado en el siguiente apartado.

Pero sobre la posibilidad de restringir ciertos derechos, es necesario destacar que una de las normas internacionales más relevantes sobre los derechos restringibles, es la del Artículo 30 de la CADH⁶⁷³, la cual establece que para poder realizar restricciones a los derechos, éstas deben ser aplicadas mediante *leyes* y por razones de *interés general*. Por eso, la Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-6/86, del 9/5/1986, sobre “*La expresión ‘leyes’ y la delimitación del concepto de “interés general” al que alude el mencionado Art.30 expresa lo siguiente:*

...La Convención no se limita a exigir una *ley* para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten 'por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'. (...) El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de *interés general* significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (Art.32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad' ('Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre' Considerandos, párr. 1) (Carta de la OEA, Art.3.d)...⁶⁷⁴.

En este escenario, las limitaciones autorizadas, por la CADH y por el PIDCP, están sujetas a ciertos requisitos. Existe uno de *carácter general* y los demás requisitos de carácter específico, se particularizan según el derecho restringible. El requisito general

⁶⁷³ CADH. Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a *leyes* que se dictaren por razones de *interés general* y con el propósito para el cual han sido establecidas.

⁶⁷⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-6/86, del 9/5/1986, sobre La expresión “*leyes*” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986).

se refiere a la necesidad de limitar el derecho a través de una *ley*. Y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante (CrIDH), *ley* se debe entender como:

...Actos normativos enderezados al bien común, emanados del *Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo*. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Solo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención...⁶⁷⁵.

Conforme al artículo 30 si solamente se pueden restringir derechos mediante ley emitida por el órgano legislativo, es decir el Congreso, en Colombia debe darse el debate sobre la posibilidad que le ha otorgado al Ejecutivo, de que mediante decretos legislativos, que tienen la misma fuerza material de la ley, pueda restringir los derechos fundamentales, de conformidad con la Constitución Política de 1991, y la ley 137 de 1994, que autoriza de manera expresa, la posibilidad de restringir las libertades, durante los estados de excepción para salvaguardar la seguridad pública. Si la Corte Interamericana ha expresado que “las leyes que pueden establecer restricciones a los derechos y libertades reconocidos en la CADH deben provenir *de los órganos legislativos constitucionalmente previstos*”⁶⁷⁶, se puede concluir que en este punto específico, Colombia se encuentra en situación de incumplimiento del mencionado instrumento internacional.

De manera adicional, en la misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, conforme al Artículo 30 de la CADH debe cumplir con las siguientes condiciones:

...al leer el Artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las

⁶⁷⁵ CrIDH. OC-6/86. Párr. 35.

⁶⁷⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Serie A: Fallos y Opiniones. Opinión Consultiva OC-8 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) solicitada por la CIDH Párr. 19.

condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas...⁶⁷⁷.

No obstante, además del requisito básico, la restricción del derecho tiene otros requisitos particulares, los cuales deberán ser analizados según las particularidades de cada derecho, los cuales se pueden englobar de la siguiente forma: i) Que se presente mediante ley; ii) Que se presente con objeto de proteger la seguridad nacional, el orden público o derechos y libertades públicas y iii) Que se aplique el principio de proporcionalidad⁶⁷⁸.

En resumen, los derechos intangibles se encuentran contemplados en el artículo 4 de la LEEE⁶⁷⁹, estos derechos no admiten restricciones. A su vez, los derechos restringibles, es decir, que de conformidad con la Convención Americana y el Pacto Internacional admiten *restricciones, o limitaciones*, son entre otros: la libertad de circulación, libertad de religión, libertad de expresión, libertad de asociación y Libertad de reunión⁶⁸⁰. Sobre los demás derechos los instrumentos internacionales expresamente no contienen disposición alguna, negando o afirmando dicha posibilidad.

6. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.1 El núcleo duro en el PIDCP, en la CADH y en el CEDH

Como se mencionó antes, conforme a los instrumentos internacionales de protección, es de la naturaleza del estado de excepción la posibilidad de suspender ciertos derechos, los que no son inderogables; se podrán limitar siempre y cuando se respete el contenido

⁶⁷⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit., párr. 14.

⁶⁷⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-6/86, del 9/5/1986, sobre La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986), Op. Cit. p. 21.

⁶⁷⁹ Ver Ley 137 de 1994, Artículo 4. Derechos Intangibles, Op. Cit.

⁶⁸⁰ Ver Tabla 2. Derechos restringibles en estado de normalidad según la CADH y el PIDCP.

esencial de los mismos, pero hay otros derechos que no pueden limitarse, restringirse o suspenderse, porque son derechos intangibles y hacen parte del *núcleo duro* de derechos humanos, que se encuentra consagrado como *cláusulas de no suspensión* en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4.2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27.2).

El concepto de núcleo duro ha sido tratado por la doctrina internacional en varios documentos, por ejemplo: La Comisión de la Verdad y Reconciliación, creada por el Gobierno peruano para esclarecer los hechos ocurridos durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori, en su Informe Final, y refiriéndose específicamente al tema de la desaparición forzada, hizo uso del criterio mencionado, así: "el denominado "núcleo duro" de los derechos humanos, es un conjunto de derechos que en ninguna circunstancia pueden ser restringidos. La vigencia de tales derechos y la prohibición de la desaparición forzada subsisten incluso en situaciones de estados de excepción o de conflicto armado interno"⁶⁸¹.

A su vez, Carrillo Salcedo, ha dicho: "estos derechos fundamentales, esto es, aquellos que son absolutos y no pueden ser derogados en ninguna circunstancia, integran el núcleo duro de los derechos humanos, en tanto son expresión de una convicción jurídica universal: la del rechazo a la barbarie"⁶⁸².

Según lo planteado, se puede definir el "*Núcleo Duro de Derechos Humanos*" como aquel grupo de derechos reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado parte, incluso y especialmente en caso de guerra, de peligro o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, así como situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación.

Para Sainz Arainz, el *núcleo duro de los derechos fundamentales* está estrechamente vinculado a los valores esenciales de la persona humana, a su dignidad, a la igualdad y a otros aspectos relacionados con su vida, con su integridad personal, con su seguridad y con su desarrollo integral, la suspensión o derogación de estos, en nada podría favorecer o contribuir a la superación de la crisis excepcional. Por el contrario, una medida que

⁶⁸¹ COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima, Perú. CVR. 2003. Tomo VI. p. 59 Disponible en: www.cverdad.org.pe. [Consulta 22, octubre, 2012]

⁶⁸² CARRILLO SALCEDO, Op. Cit., p. 50-55

suspenda o limite este tipo de derechos, deslegitimaría el ejercicio de las facultades de suspensión o derogación de los derechos por parte de los Estados⁶⁸³.

Como se dijo antes, de conformidad con el principio de intangibilidad hay un catálogo de derechos que son intangibles al ser humano, por tal motivo al ser inderogables, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. Pero la intangibilidad que el derecho internacional reconoce al ejercicio de ciertos derechos, además del PIDCP, la CADH, y el CEDH⁶⁸⁴, también ha sido consagrada en otros instrumentos internacionales, como lo son: La Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles⁶⁸⁵, que en su Art. 2 numeral 2 prohíbe invocar los estados de excepción como justificación de la tortura, y la Convención sobre los derechos del niño, que no permite la suspensión de esos derechos en estados de excepción.

A nivel universal, el artículo 4.2⁶⁸⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece los siguientes:

- Derecho a la Vida (Art. 6);
- Derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 7);
- Derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre (Art. 8.1 V 2);
- Derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 11);
- Principio de irretroactividad de la ley y de la pena más favorable (Art. 15);
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 16);
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18).

⁶⁸³ SAIZ ARNAIZ, Alejandro. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo? *Cuadernos de derecho público*, 2001, No 13, p. 153-170.

⁶⁸⁴ Ver Tabla 3. Núcleo duro de derechos humanos según la CADH, el PIDCP y el CEDH, p. 523.

⁶⁸⁵ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. [En línea]. <Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. [Consulta: 30 May., 2012].

⁶⁸⁶ PIDCP, Artículo 4: (...) 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6 [derecho a la vida], 7 [derecho a la integridad personal], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de servidumbre, trata y esclavitud], 11 [prohibición de ser encarcelado por incumplimiento de una obligación contractual], 15 [Principio non pena sine legem], 16 [derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica] y 18 [derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión]. (*Corchetes fuera de texto*).

En el Sistema Interamericano, el artículo 27.2⁶⁸⁷ de la Convención Americana enumera como derechos inderogables los siguientes:

- Derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica (Art. 3);
- Derecho a la vida (Art. 4);
- Derecho a la integridad personal (Art. 5);
- Prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6);
- Principio de legalidad y de irretroactividad (Art. 9).
- Libertad de conciencia y religión (Art. 12);
- Protección a la familia (Art. 17);
- Derecho al nombre (Art. 18);
- Derechos del niño (Art. 19);
- Derecho de nacionalidad (Art. 20);
- Derechos políticos (Art. 23);
- La no suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (Art. 27 *in fine*).

Por su parte en el sistema europeo, de conformidad con el artículo 15⁶⁸⁸ de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, los derechos no suspendibles son:

- Derecho a la Vida (Art. 2)⁶⁸⁹;

⁶⁸⁷ CADH, Artículo 27. Suspensión de garantías: (...) 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes Artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

⁶⁸⁸ CEDH. Artículo 15: 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3 [Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes], 4 párrafo 1 [Derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre] y 7 [Principio de irretroactividad de la ley y de la pena más favorable]. *Corchetes fuera del texto*.

⁶⁸⁹ El Protocolo XIII (abolición de la pena de muerte en toda circunstancia) prevé también la no suspensión en su art. 2: No derogation from the provisions of this Protocol shall be made under Article 15 of the Convention.

- Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Art. 3);
- Derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (Art. 4.1);
- Principio de irretroactividad de la ley y de la pena más favorable (Art. 7).
- Derecho al non bis ídem⁶⁹⁰

Todos los demás derechos proclamados en el Convenio y en los Protocolos vigentes son, por lo tanto, susceptibles de suspensión temporal (“*derogación*” en el lenguaje convencional) para afrontar graves peligros públicos y dentro del marco que resulta del citado Art. 15 CEDH tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Además, muchos de aquellos derechos derogables pueden padecer restricciones o injerencias expresamente previstas en el texto del Convenio. Tales restricciones se someten a las condiciones que se formulan en el apartado segundo de varios de los artículos que enuncian los derechos, en concreto, los Arts. 8-11. Así, *las injerencias han de estar previstas por la ley, han de ser necesarias en una sociedad democrática y han de perseguir alguno de los fines legítimos explicitados en el propio Convenio*⁶⁹¹.

Resulta así, que los derechos no suspendibles comunes al artículo 4.2 del PIDCP, al artículo 15.2 de la Convención Europea y al artículo 27.2 de la Convención Americana, son cuatro:

- Derecho a la vida;
- Derecho a la Integridad personal;
- Derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; y
- Principio de irretroactividad y legalidad.

De manera adicional, es necesario señalar que el PIDCP prohíbe la prisión por deuda contractual (artículo 11). La CADH, es la más protectora en la materia, pues extiende la intangibilidad a la protección de la familia (artículo 17), a los derechos del niño (artículo 19), a la nacionalidad (artículo 20) y a los derechos políticos (artículo 23), así como a las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos⁶⁹².

⁶⁹⁰ El art. 4 del Protocolo VII otorga idéntico trato al derecho al *non bis in idem*

⁶⁹¹ *Ibíd.*

⁶⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

En este orden de ideas, del análisis realizado se puede llegar a tres conclusiones: *La primera*, que tanto el Artículo 4° del Pacto como el 27 de la Convención Americana y el 15 del CEDH contienen previsiones expresas sobre derechos no susceptibles de ser restringidos por normas dictadas al amparo de los estados de excepción. *La segunda*, que de la observancia de esos instrumentos internacionales se genera la obligatoriedad de preservar otros derechos y garantías no incluidas de forma expresa en los Artículos citados. *La tercera*, el no cumplimiento de estas cláusulas de no suspensión genera responsabilidad internacional por parte de los Estados⁶⁹³.

6.2 El núcleo duro en el ordenamiento jurídico colombiano

Para el caso colombiano, tanto el PIDCP como la CADH⁶⁹⁴, establecen para Colombia la prohibición de la suspensión de los derechos que se encuentran contenidos en el Art. 27.2 de la CADH y en el Art. 4.2 del PIDCP. A esta prohibición la denominaremos: "*cláusula de no suspensión*" y el catálogo que contiene: "*núcleo duro de los derechos humanos*". Sin embargo, como se ha dicho antes, esta enumeración no es taxativa, porque de conformidad con los organismos internacionales de protección de derechos humanos como el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han catalogado otros derechos que aunque no aparezcan en estos Artículos son intangibles y está prohibida la suspensión de los mismos durante los estados de excepción.

En síntesis, para Colombia el "núcleo duro" o catálogo de derechos humanos que no puede ser *suspendidos, limitados o restringidos por un Estado parte, incluso y sobre todo en estados de excepción*, sumando los derechos incluidos en las cláusulas de no suspensión de la CADH (Art.27.2) y el PIDCP (art.4.2)⁶⁹⁵, está conformado por los

⁶⁹³ Ver Tabla 3. Núcleo duro de derechos humanos según la CADH, el PIDCP y el CEDH, p.523.

⁶⁹⁴ CADH. Art. 27.2 y PIDCP. Artículo. 4.2.

⁶⁹⁵ PIDCP, Artículo 4: (...) 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6 [derecho a la vida], 7 [derecho a la integridad personal], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de servidumbre, trata y esclavitud], 11 [prohibición de ser encarcelado por incumplimiento de una obligación contractual], 15 [Principio non pena sine legem], 16 [derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica] y 18 [derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión]. (*Corchetes fuera de texto*)...

siguientes derechos:

- Derecho a la vida;
- Derecho a la integridad personal;
- La prohibición de la esclavitud y servidumbre;
- La prohibición de discriminación;
- Derecho a la personalidad jurídica;
- Derecho a la nacionalidad;
- Los derechos políticos;
- Prohibición de pena de prisión por deuda contractual;
- Principio de legalidad y no retroactividad;
- Libertades de conciencia y religión;
- Protección a la familia;
- Los derechos del niño; y,
- Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Adicionalmente, el Artículo 4 de la Ley 137 de 1994⁶⁹⁶, recoge todos los anteriores derechos y agrega otros reconocidos como derechos intangibles, ellos son: i) el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles,

⁶⁹⁶ Colombia. Ley 137 de 1994. DERECHOS INTANGIBLES. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.

inhumanos o degradantes y ii) La prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación⁶⁹⁷.

De manera adicional, ha expresado la Corte que con respecto a los demás derechos que *no son considerados como intangibles* las restricciones de que pueden ser objeto durante estados de excepción no son ilimitadas, sino que, deben ajustarse a los principios de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad⁶⁹⁸. Además, el Artículo 6 de la citada Ley 137 de 1994⁶⁹⁹ permite limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, a condición de que *no se afecte su núcleo esencial y se establezcan garantías y controles para su ejercicio*⁷⁰⁰.

7. LA IMPOSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA.

7.1 La prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales según el Artículo 214-2 de la Constitución Política de Colombia.

Como se mencionó en el capítulo segundo, como límite al ejercicio de las facultades extraordinarias que se ejerzan por el Ejecutivo, el Artículo 5° de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, establece la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales⁷⁰¹, lo cual encuentra correspondencia con el Artículo 214-2 de la Constitución, al señalar que no podrán suspenderse los derechos humanos ni

⁶⁹⁷ En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-802 de 2002, y luego por la sentencia C-135 de 2009, señaló que el principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros derechos distintos a los consagrados en los Artículos 27 de la Convención y 4° del Pacto Internacional.

⁶⁹⁸ *Ibíd.*

⁶⁹⁹ Colombia. Ley 137 de 1994. Artículo 6. Op. Cit.

⁷⁰⁰ Una vez el tema de la suspensión de derechos humanos haya sido analizado, se tratará la limitación y restricción de derechos.

⁷⁰¹ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 5: "Prohibición de suspender derechos. Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política".

las libertades fundamentales⁷⁰². Además, la Corte Constitucional también ha dicho: “...no obstante que el propio ordenamiento constitucional y su desarrollo estatutario contemplan las posibilidades de restricción de algunos derechos y garantías, según el Artículo 214 de la Constitución Política, está prohibido en nuestro sistema todo acto o decisión que implique “*anularlos, eliminarlos o suspenderlos*”, y la vigilancia judicial acerca del efectivo acatamiento a este principio *no admite tregua ni paréntesis*”⁷⁰³.

No puede olvidarse que la Constitución conforme a lo que ordena su Artículo 4 es “norma de normas”, de donde nace su supremacía y que además de ser la cúspide de la jerarquía normativa, es la base del ordenamiento jurídico colombiano y por tanto toda la legislación le está subordinada y debe adecuarse a sus mandatos⁷⁰⁴.

Ahora bien, conviene precisar el alcance y significado del Artículo 93 constitucional en el sentido de señalar que éste no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos, cuando tales instrumentos internacionales “*prohíben su limitación en los estados de excepción*”, es decir, que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, *el reconocimiento de un derecho humano*, y de la otra, *que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción*. Así las cosas, el Artículo 93 de la Ley Fundamental debe ser necesariamente interpretado en relación con el Artículo 214-2 ibídem, pues dentro de las reglas generales enunciadas por este Artículo, aplicables a todos los estados de excepción, está la “*prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. En efecto, la Corte Constitucional ha definido qué debe entenderse como “*derechos humanos y libertades fundamentales*” a la luz del precitado Artículo 214 constitucional, ha sostenido que se trata de:

...los derechos y libertades reconocidos y garantizados en lo que la doctrina constitucional ha definido como bloque de constitucionalidad, esto es, aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en

⁷⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, Op. Cit.

⁷⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU-257 del 28 de Mayo de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, Op. Cit.

el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. Esta condición de prevalencia se deriva de lo dispuesto en el Artículo 93 Superior, de acuerdo con el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno...”⁷⁰⁵.

Bajo esta definición, los “*derechos humanos y libertades fundamentales*” cuya suspensión estaría prohibida en Colombia, en los estados de excepción comprende no solo el catálogo de derechos contenidos en el Título II y en otras disposiciones de la Constitución Política, sino también, los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Art.93 superior)⁷⁰⁶. Si bien los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden ser suspendidos bajo los estados de excepción, algunos de ellos pueden ser restringidos en la medida que satisfagan los requerimientos esenciales previstos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción - LEEE-⁷⁰⁷.

En consecuencia, lo que prohíbe expresamente el texto constitucional y el Artículo 5° de la LEEE⁷⁰⁸ es la *suspensión* más no la *restricción* de los derechos humanos y las libertades fundamentales bajo los estados de excepción. En otras palabras, un derecho “*no puede suspenderse*” porque como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser consustanciales con la persona lo “*único que podría suspenderse sería su pleno y efectivo ejercicio*”⁷⁰⁹. En esa medida, algunos derechos y libertades fundamentales pueden ser “restringidos” bajo los estados de excepción (los que no

⁷⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, Op. Cit. Ver sentencias C-70/2009 y C-802/ 2002.

⁷⁰⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

⁷⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 252 del 16 de abril del 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁰⁸ Colombia. Ley137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 5: PROHIBICIÓN DE SUSPENDER DERECHOS. Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política

⁷⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 18. Op. Cit.

hacen parte del núcleo duro), sin embargo, tales restricciones deben ajustarse a lo señalado por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Ley 137 de 1994⁷¹⁰.

No obstante, en mi opinión, en Colombia, a diferencia de otros países, al tenor literal del Artículo 214.2 de la Constitución de 1991, de ninguna manera pueden suspenderse los derechos humanos y las libertades públicas durante los estados de excepción, ni siquiera se podrían suspender los derechos que no son intangibles y que por no hacer parte del núcleo duro de derechos humanos, a la luz de los instrumentos internacionales ya citados, se podrían suspender.

En consecuencia, la Constitución Política de Colombia, *integra un plus* que va más allá de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales, aunque no hagan parte de los derechos incluidos dentro de las cláusulas de no suspensión según la CADH (Art.27) y el PIDCP (Art.4), es decir, que incluso los demás derechos y libertades que están por fuera del núcleo duro de los derechos humanos, al tenor del Artículo 214-2 de la Constitución Política de 1991, en Colombia, de ninguna manera podrán ser suspendidos.

En el caso colombiano podemos apreciar que el fenómeno de la suspensión de derechos también ha pasado de largo en la doctrina y en la jurisprudencia. Tampoco ha habido eco en los debates académicos. La Corte Constitucional colombiana se ha contentado con establecer que es diferente el fenómeno de la *suspensión, del de la restricción y la limitación* de los derechos fundamentales, pero no ha tenido en cuenta que al no existir en Colombia un Artículo en el cual se consagre una lista taxativa de los derechos fundamentales⁷¹¹, como ocurre por ejemplo, en la Constitución de España, en

⁷¹⁰ Colombia. Ley137 DE 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994.

⁷¹¹ “Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Sin embargo, en plenaria del 29 de junio de 1991 se llegó a la Conclusión de que en Colombia no es posible catálogo taxativo de derechos fundamentales, sino que existe apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que de ella se haga (...) Así mismo otra forma para determinar la no taxatividad de los derechos fundamentales es aquella de dejarle al juez de tutela que determine, en últimas, si un derecho es fundamental o no. Frente a este tema encontramos alguna referencia hecha por el Constituyente Juan Carlos Esguerra al hacer su presentación sobre el mecanismo de la tutela para los derechos fundamentales

la Constitución chilena o en la Ley Fundamental Alemana, sino que por el contrario, el Artículo 94 constitucional⁷¹², deja una puerta abierta para que todo derecho relacionado con la dignidad humana pueda ser tratado como un derecho fundamental.

En ese sentido, si cualquier derecho que vulnere la dignidad humana puede ser tratado como un derecho fundamental y por lo tanto de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 214.2 está absolutamente prohibida la suspensión del mismo durante estados de excepción, cabe preguntarse: ¿cómo es posible suspender la libertad de locomoción, o la libertad de reunión, o la libertad de expresión durante los estados de excepción, sin contravenir el mandato del 214-2 de la carta colombiana? ¿cómo es posible suspender los derechos de los trabajadores, la salud, o los DESC, si a la luz del Artículo 94 cualquier derecho relacionado con la dignidad humana puede ser tratado como un derecho fundamental?.

En entrevista personal con el reconocido constitucionalista colombiano Tulio Elí Chinchilla, se le preguntó: ¿En Colombia los derechos económicos y colectivos pueden ser suspendidos o no durante los estados de excepción? ¿Qué determina que un derecho económico pueda ser suspendido o no, por ejemplo los derechos laborales?

...Es como que en una conmoción interior se diga que las cesantías de los trabajadores no serán 30 días de salario por año de trabajo sino de 20, porque hay que atender a los gastos de guerra o militares. O en una emergencia económica y social, que se diga que se suprima las primas tales y tales...Y ¿Cuáles son los derechos sociales de los trabajadores? En la Constitución anterior decía “los derechos consagrados”, y “se protegen tanto los adquiridos como los consagrados”...Las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones de 15 días al año. ¡Entonces que porque la economía está mal digan que son 10 días apenas...! No lo podrían hacer jamás. La prohibición está para el estado de emergencia y todos los demás estados de excepción. Aplica para todos los estados de excepción...⁷¹³

Pero con respecto a la misma pregunta, la magistrada Martha Victoria Sáchica dijo:

cuando expresó: " La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional...". CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T 406/1992, Op. Cit. p. 19.

⁷¹² Constitución Política de Colombia, Artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

⁷¹³ ENTREVISTA con Tulio Elí Chinchilla Herrera, Conocido constitucionalista colombiano. Medellín, junio 19 de 2014

...Yo creo que sí, pero lo primero que uno debe hacerse es la pregunta ¿Qué es un derecho fundamental?, inclusive porque la Constitución dice que no se pueden suspender las garantías mínimas laborales; pero en una emergencia económica, por ejemplo, yo creo que sí se pueden afectar. La prohibición de regresión de derechos sociales y colectivos que están en el PIDESC, para mí eso no sería fundamental, porque ahí está de por medio el bien general. Una emergencia económica afecta a todos. Yo creo que los derechos económicos y algunos sociales pueden ser restringidos en estados de excepción porque en la ponderación entre el interés general, el restablecimiento del orden constitucional y la seguridad, si no hay seguridad no hay derechos (...) Por ejemplo el derecho a la educación también admite ser restringido, porque si el colegio está en una zona donde se lleva a cabo una operación militar, ese colegio sería objetivo militar. (...) los DESC, como categoría de derechos, en principio, implica que no son derechos fundamentales, pero actualmente en nuestro sistema constitucional. La práctica nos ha llevado a que la vivienda se ha convertido en fundamental, la educación, el mínimo vital, los derechos laborales... A nivel de estado de excepción a mí me parece que clasificar como intangibles los DESC no sería exacto, porque se queda sin ningún campo de acción el estado de excepción.⁷¹⁴

La misma pregunta, se le realizó al exmagistrado de la Corte Constitucional, Antonio Barrera Carbonell⁷¹⁵, sobre la posibilidad de suspender o no los derechos económicos y los derechos sociales durante los estados de excepción a la luz de la Constitución Política de 1991?, contesto:

Hoy en día se estrecha más el campo de distinción entre derechos fundamentales y derechos económicos sociales y culturales por ejemplo el derecho al trabajo se ha considerado que es un derecho que no puede ser limitado en los estados de excepción, así lo ha dicho la Corte Constitucional por lo menos cuando realizó el control constitucional a la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, pero entonces habría que preguntarse cuáles derechos económicos y sociales, porque por ejemplo el derecho a la educación que ya ha sido considerado como un derecho fundamental por la Corte por vía conexidad, el derecho a la salud, que inicialmente era un derecho prestacional, ahora es un derecho autónomo fundamental, entonces se pregunta uno bueno y en relación con esos cuáles se podrían limitar en los estados de excepción?...es decir, frente a los demás derechos, fíjate que el artículo 93 en la primera parte remite a los tratados derecho internacional humanitario, la Corte ha dicho siempre que no puede ser suspendidos, ni limitados esos derechos, pero hay además hay que sumar los derechos

⁷¹⁴ ENTREVISTA con Martha Victoria Sáchica Méndez, magistrada, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

⁷¹⁵ ENTREVISTA con Antonio Barrera Carbonell, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

intangibles qué son los de núcleo duro de los derechos humanos y se encuentran en los instrumentos internacionales de protección...serán las decisiones del Tribunal Constitucional las que determinen cuáles serán los derechos intangibles, en cada caso específico...⁷¹⁶

En este orden de ideas, y considerando que en Colombia todos los artículos de la Constitución deben ser interpretados de manera sistemática, si analizamos los artículos 214, con el 93 y el 94 que me remiten a la dignidad humana, entonces me pregunto ¿cuáles son los derechos en Colombia que no se pueden suspender, ni limitar, ni restringir? porque a nivel internacional en otras constituciones, se encuentra una lista taxativa de derechos fundamentales, por ejemplo la Constitución alemana, la Constitución de Chile, la Constitución española consagran expresamente los derechos fundamentales, estableciendo los que son intangibles, y por consiguiente, no pueden ser suspendidos, ni limitados, ni restringidos, durante los estados de crisis, en estados de guerra, o en estados de excepción.

Por consiguiente, en este punto existe un campo abierto a la interpretación constitucional, serán las decisiones del Tribunal Constitucional las que modifiquen el núcleo duro de derechos humanos, porque como se dijo antes, en la actualidad, muchos derechos económicos en Colombia han sido tratados como derechos humanos, hemos visto como por ejemplo durante los estados de excepción tampoco pueden suspenderse los derechos de los trabajadores, y es que no puede haber vida digna sin trabajo y sin salud tampoco, entonces, finalmente concluyo que ese núcleo duro del artículo 27 de la CADH, el artículo 4 del PIDCP y el artículo 15 por parte de los Tribunales Internacionales, empezando por la protección de los derechos por parte de los Tribunales Constitucionales al interior de cada Estado.

En todo caso, hay que considerar también con un poco de sociología jurídica que los derechos no son los mismos en todos los países y en todas las épocas, hay que diferenciar a Colombia de otros países, aquí hay más pobreza y tenemos una situación mayor de vulnerabilidad en la población, en esa medida los derechos adquieren una importancia marcada, para proteger a los más débiles, entonces no se puede una regla rígida o una lista taxativa de derechos que no pueden ser suspendidos durante los estados

⁷¹⁶ Colombia. Ley 137 DE 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia..., Op. Cit., Artículo 4. Derechos Intangibles.

de excepción, sino que tiene que haber un campo muy amplio para la especulación constitucional, para tan amplia tarea, el juicio de la Corte Constitucional tiene que imponerse, porque es ella quien tiene el deber de preservar la integridad de la Constitución, y la integridad de la Constitución es un concepto que amplía las fronteras del control constitucional. Por ello, el exmagistrado de la Corte Constitucional Antonio Barrera Carbonell sobre la aplicación del artículo 94 de la Constitución Política en Colombia, en entrevista personal, advierte lo siguiente:

...una cosa que hay que decir es que el artículo 94 no da pie para aplicarlo de ninguna manera amplia como la enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos que es la que todo el mundo invoca como una especie de comodín, pero ese artículo en Colombia no es ningún comodín, y la Corte colombiana ha sido muy cuidadosa en eso de invocar solamente el artículo 94 para proteger un derecho, pues siempre invoca el 94 más los criterios de conexidad con los derechos fundamentales o con un principio constitucional, por ejemplo el principio del mínimo vital que lo dedujo la Corte Constitucional de la función del Estado social y democrático de derecho y lo que ha avanzado también en cuanto a las poblaciones vulnerables, me parece que eso es fundamental, la pobreza del tropico por ejemplo. El derecho constitucional de la pobreza el caso de Colombia es especial, por ejemplo una persona en la costa vendiendo un canario para poder comer, o las ancianas y los niños en la calle trabajando...⁷¹⁷

Es claro entonces, que debe ser la Corte Constitucional quien debe dar la pauta final para delimitar cuáles son los derechos fundamentales que admiten o no limitación, porque suspensión está claro que no puede darse en Colombia, porque ella vulneraría la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, por ejemplo, derechos como las garantías judiciales, el debido proceso, el habeas corpus, la vida, la integridad, no cabe duda de que de ninguna manera pueden ser suspendidos o limitados durante los estados de excepción. Tampoco los que hacen parte del núcleo duro.

Sin embargo, existen otros derechos en los cuales se presenta un mayor conflicto para determinar si pueden o no ser suspendidos durante los estados de excepción. Por ejemplo, el derecho al trabajo es un derecho prestacional en principio, pero como se dijo

⁷¹⁷ ENTREVISTA con Antonio Barrera Carbonell, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

antes, en Colombia, se ha considerado que es un derecho que no puede ser limitado durante los estados de excepción.

Por su parte, el derecho a la salud tiene rango de derecho constitucional fundamental autónomo, uno se preguntaría ¿que tiene que ver la salud con el estado de excepción? ¿puede un Estado declarar el estado de emergencia y tomar medidas para suspender el derecho a la libertad de circulación ante una pandemia como el ébola, el ántrax, la gripe H1N1?

Sobre las inquietudes anteriores, en entrevista personal la magistrada de la Corte Constitucional Martha Victoria Sánchez expresó que:

...El derecho de locomoción es el derecho fundamental que se puede restringir más en épocas de crisis; la libertad de locomoción solo la tienen los colombianos, porque la Constitución dice que “todo colombiano”, no “toda persona”. Los extranjeros no tienen este derecho, porque a ti te pueden prohibir entrar, te pueden echar, y te pueden prohibir o residir en determinados sitios. Y el derecho fundamental es el que no necesita estar escrito en una Constitución y es de todas las personas. Si hay un derecho que solamente lo tiene un grupo humano, no es derecho fundamental. El derecho de locomoción como está regulado en la Constitución, sí está concebido como fundamental, pero dice “en tiempo de paz”... ¿Vas a decir que son derechos absolutos que no pueden ser restringidos?...⁷¹⁸

En ese sentido, hay que aclarar que hay derechos absolutos e intangibles, que son los que protegen la dignidad humana. Pero entonces, y la pregunta que surge es ¿A quién le corresponde determinar cuáles son los derechos intangibles que ni siquiera admiten ser ponderados durante los estados de excepción porque son derechos absolutos?. El artículo 214-2 de la Constitución Política ordena que la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, determine la lista de derechos intangibles que hacen parte del núcleo de derechos humanos y en que ni siquiera en estados de excepción admiten ser limitados o restringidos. Tal como se menciono antes, el artículo 4 de manera expresa determina los derechos intangibles en Colombia, pero además como en Colombia existe una cláusula abierta de derechos fundamentales, en cada caso concreto, le toca irse al derecho internacional. De un lado, la Corte deberá determinar la conexidad del derecho con otro derecho fundamental, pero además, es inevitablemente que la Corporación acuda al Derecho internacional, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, estudiando con profundidad los casos internacionales, para poder garantizar que de alguna manera, no pueda vulnerarse el bloque de constitucional, el cual se integra al ordenamiento jurídico interno colombiano, en la misma jerarquía que la Constitución, en consecuencia, los decretos legislativos y las medidas que se adopten también deberán tener un control de convencionalidad.

⁷¹⁸ ENTREVISTA con Martha Victoria Sánchez Méndez, magistrada, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

En el mismo sentido, en entrevista personal la magistrada Martha Sánchez opina que en Colombia, además de haber un control constitucional del estado de excepción, también debería existir un control convencional de los decretos legislativos y las medidas adoptadas durante dichas declaratorias, cuyas fueron estas palabras:

...Es deber del Gobierno informar a la Secretaría de las Naciones Unidas las medidas adoptadas durante el estado de excepción, es el Gobierno quien tiene la obligación de justificar la declaratoria de un estado de excepción y defenderse internamente o internacionalmente. Por esa razón opino que también debe haber un control convencional de los decretos legislativos por parte de los órganos que supervisan la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción...⁷¹⁹

En efecto, el artículo 16 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, se refiere de manera expresa a la obligación que tiene el Gobierno de comunicar a los organismos internacionales sobre la declaratoria del estado de excepción y los motivos que condujeron a ella⁷²⁰. Pero, y a pesar de que el numeral 6 del artículo 214 de la Constitución Política de Colombia consagró la obligación que tiene el Gobierno de enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades extraordinarias⁷²¹, en el citado artículo, omitió consagrar expresamente la obligación que tiene el Gobierno nacional de enviar una comunicación avisando la declaratoria del estado de excepción y de los motivos que condujeron a ella, al Secretario General de la OEA y al Secretario General de las Naciones Unidas, lo cual genera incumplimiento con respecto al principio de notificación que establecen los instrumentos internacionales de la CADH y el PIDCH para Colombia. A mi juicio, tal obligación es tan importante, que no solo se debió consagrar en la LEEE sino también establecer un mandato constitucional al Gobierno, todo esto de conformidad con las normas internacionales.

⁷¹⁹ ENTREVISTA con Martha Victoria Sánchez Méndez, magistrada, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

⁷²⁰ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994. Artículo 16: "Información a los Organismos Internacionales. De acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al día siguiente de la declaratoria del estado de excepción, el Gobierno enviará al Secretario General de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, una comunicación en que dé aviso a los Estados partes de los tratados citados, de la declaratoria del estado de excepción y de los motivos que condujeron a ella. Los decretos legislativos que limiten el ejercicio de derechos, deberán ser puestos en conocimiento de dichas autoridades. Igual comunicación deberá enviarse cuando sea levantado el estado de excepción".

⁷²¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 214. Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: "...6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento".

7.2 La suspensión del Derecho Internacional Humanitario

Según el Artículo 214 de la Constitución, durante los estados de excepción excepcionales "en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario". El DIH es el derecho aplicable a los conflictos armados y su objetivo fundamental, al decir de la CIDH, es "restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades"⁷²². La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que "en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados"⁷²³, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del DIH, el cual comprende disposiciones tanto de origen convencional, como de origen consuetudinario⁷²⁴.

El DIH se aplica a los conflictos armados internos o internacionales. En tanto ordenamiento jurídico unitario y sistemático, el DIH regula tanto el desarrollo de las hostilidades –limitando la posibilidad de las partes de recurrir a los métodos y medios bélicos a su disposición- como la protección de las personas víctimas de los conflictos armados⁷²⁵.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado ampliamente de los rasgos distintivos de este ordenamiento jurídico, particularmente en la sentencia C-291 de 2007⁷²⁶ y ha identificado los principios que rigen este derecho, entre los que cabe mencionar el principio de distinción⁷²⁷, el principio de precaución⁷²⁸ y el principio de trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales⁷²⁹.

⁷²² CIDH. Caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. [En línea]. <Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.html>>. [Consulta: 12 Sept., 2013].

⁷²³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 2675 (1970), sobre Principios Básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados, adoptada por unanimidad.

⁷²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷²⁵ En este sentido, según lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares: "el DIH contemporáneo unifica los regímenes anteriormente conocidos como "Derecho de la Haya" –relativo a las limitaciones o prohibiciones sobre métodos y medios específicos de guerra- y "Derecho de Ginebra" –relacionado principalmente con la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, los civiles y los no combatientes", especialmente desde la adopción de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 en 1977. (...) Estas dos ramas del derecho aplicable al conflicto armado han llegado a estar tan íntimamente interrelacionadas, que se considera que han formado gradualmente un sistema unitario complejo, conocido hoy en día como DIH. Las disposiciones de los Protocolos Adicionales de 1977 expresan y acreditan la unidad y complejidad de ese derecho". Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

⁷²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷²⁷ El principio de distinción busca "la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos

De cada uno de dichos principios se derivan a su vez distintas reglas que deben ser respetadas bajo los estados de excepción, así por ejemplo, del principio de distinción ha reconocido las siguientes reglas, las cuales deben ser respetadas bajo los estados de excepción: (1) la prohibición de dirigir ataques contra la población civil, (2) la prohibición de desarrollar acciones orientadas a aterrorizar a la población civil, (3) las reglas relativas a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, (4) la prohibición de ataques indiscriminados y de armas de efectos indiscriminados, (5) la prohibición de atacar las condiciones básicas de supervivencia de la población civil y (6) la prohibición de atacar a las personas puestas fuera de combate⁷³⁰.

Así mismo, la Corte Constitucional ha identificado las siguientes garantías fundamentales que se derivan del principio humanitario⁷³¹, y que tampoco pueden ser suspendidas durante los estados de excepción, ampliando la lista de los derechos intangibles: (i) la prohibición de la discriminación en la aplicación del DIH⁷³², (ii) la prohibición del homicidio –ver más adelante-, (iii) la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes⁷³³ –que es en sí misma una norma de *ius cogens*-, (iv) la prohibición de los castigos corporales y los suplicios⁷³⁴ –norma de *ius cogens* como tal-, (v) la prohibición de las mutilaciones, de las experimentaciones médicas o científicas u otras actuaciones médicas no requeridas por la persona afectada y contrarias a las normas médicas generalmente aceptadas⁷³⁵ –la cual de por sí es una norma de *ius cogens*-, (vi) la prohibición de la violencia de género,

civiles y militares”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

⁷²⁸ El principio de precaución se deriva directamente del principio de distinción, y exige, en su formulación consuetudinaria: “Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente” Sistematización del CICR, Norma 15.

⁷²⁹ De acuerdo con el principio de trato humanitario, las personas civiles y las personas fuera de combate deberán ser tratadas con humanidad. Ver la Sistematización del CICR, Norma 87: “Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”, aplicable a conflictos armados tanto internos como internacionales.

⁷³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-070 de 12 de febrero de 2009, Op. Cit. Ver Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³¹ Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-291 de 2007, Op. Cit.

⁷³² SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 88: “En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo”.

⁷³³ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 90: “Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes”.

⁷³⁴ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 91: “Quedan prohibidos los castigos corporales”.

⁷³⁵ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 92: “Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas”.

de la violencia sexual, de la prostitución forzada y de los atentados contra el pudor⁷³⁶; (vii) la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos⁷³⁷ -norma con rango propio de *ius cogens*-, (viii) la prohibición del trabajo forzado no retribuido o abusivo⁷³⁸, (ix) la prohibición de tomar rehenes –ver más adelante-, (x) la prohibición de utilizar escudos humanos⁷³⁹, (xi) la prohibición de las desapariciones forzadas⁷⁴⁰, (xii) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad⁷⁴¹, (xiii) la obligación de respetar las garantías judiciales esenciales y por los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de responsabilidad penal individual⁷⁴², (xiv) la prohibición de los castigos colectivos⁷⁴³, (xv) la obligación de respetar las convicciones y prácticas religiosas de las personas civiles y fuera de combate⁷⁴⁴, (xvi) la obligación de respetar la vida familiar⁷⁴⁵, (xvii) la obligación de proteger los derechos de las mujeres afectadas por los conflictos armados⁷⁴⁶, (xviii) la obligación de proteger los derechos especiales de los niños afectados por los conflictos armados⁷⁴⁷, junto con la prohibición de reclutamiento infantil⁷⁴⁸ y la prohibición de permitir la participación directa de niños en las hostilidades⁷⁴⁹, (xix) la obligación de respetar los derechos especiales de los ancianos y

⁷³⁶ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 93: “Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual”.

⁷³⁷ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 94: “Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas”.

⁷³⁸ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 95: “Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo”.

⁷³⁹ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 97: “Queda prohibida la utilización de escudos humanos”.

⁷⁴⁰ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 98: “Quedan prohibidas las desapariciones forzadas”.

⁷⁴¹ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 99: “Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”.

⁷⁴² SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 100: “Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales”. Norma 101: “Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal”. Norma 102.: “Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual”.

⁷⁴³ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 103: “Quedan prohibidos los castigos colectivos”.

⁷⁴⁴ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 104: “Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate”.

⁷⁴⁵ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 105: “En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar”.

⁷⁴⁶ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 134: “Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia”.

⁷⁴⁷ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 135: “Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”.

⁷⁴⁸ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 136: “Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños”.

⁷⁴⁹ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 137: “No se permitirá que los niños participen en las hostilidades”.

personas con discapacidad afectados por los conflictos armados⁷⁵⁰, (xx) la prohibición absoluta del genocidio en el curso de un conflicto armado –que tiene indubitadamente el rango de *ius cogens*-, (xxi) la prohibición absoluta de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el curso de un conflicto armado –norma igualmente revestida del carácter autónomo de *ius cogens*-, (xxii) el deber de recoger y asistir a los heridos y los enfermos, (xxiii) la prohibición de los actos de terrorismo, (xxiv) la prohibición del pillaje y (xxv) el deber de respetar las garantías mínimas de las personas privadas de la libertad⁷⁵¹.

7.3 Suspensión de los derechos económicos, sociales y culturales

Difieren los autores acerca de si el distinto reconocimiento de las dos categorías de derechos humanos se funda en diferencias de naturaleza -lo que importaría una especie de jerarquización- o solo en las particularidades de las medidas tendientes a su realización, sin embargo, como se dijo en la primera parte, en la actualidad no puede sostenerse que los DESC no tienen la alcurnia de "derechos", como sostuvieron en una época sectores para los cuales, su consideración como tales, solo respondía al interés de privar al concepto de derechos humanos de un significado específico, elevando a tal categoría todas las aspiraciones humanas. La ausencia de recursos jurídicos, para que puedan ser reclamados y que aún presentan gran parte de los DESC, fue el apoyo de esta postura. En efecto, como afirma Ramírez Cleves:

...en el ámbito internacional comprobamos que a pesar de que existe suficiente normatividad para luchar contra la pobreza y la exclusión, como las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDESC, dichas normas no son eficaces y judicializables. Por último en el ámbito de regulación regional, en nuestro ámbito el Sistema Interamericano, también hay ineficacia de las normas. En 1999 se aprobó el Protocolo de San Salvador pero únicamente son justiciables mediante peticiones individuales el derecho a la sindicalización y a la educación. Las sentencias de la Corte Interamericana han empezado tímidamente a hablar de la pobreza y han utilizado por ejemplo el mecanismo de la conexidad, con el derecho a la vida, para hablar de vida digna. En casos concretos ha protegido el derecho al trabajo y a la salud en conexidad con la vida. Son avances pero hay una ausencia de derecho...⁷⁵²

⁷⁵⁰ SISTEMATIZACIÓN DEL CICR. Norma 138: “Los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales”.

⁷⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, Op. Cit.

⁷⁵² RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Pobreza, Globalización y Derecho: Ámbitos global, internacional y regional de regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 20

Conforme a lo anterior, es preciso reconocer que en la protección de los DESC, durante los estados de excepción existen zonas grises, de hecho, si pensamos en la protección de los mismos, aún en estados de normalidad, salta a la vista que la misma resulta insuficiente. Es evidente que a pesar de que en el seno de las Naciones Unidas, esta preocupación es cada más vigente, realizando propuestas para su protección efectiva por parte de los Estados, como sucede por ejemplo con el Protocolo Facultativo del PIDESC⁷⁵³, el cual sigue siendo ineficaz para la protección de los DESC, debido a la falta de voluntad de la mayor parte de los Estados miembros de la ONU para ratificarlo.

No obstante, el hecho de que gran parte de los DESC no se consideren judicialmente exigibles, debido a la escasez de recursos por parte de los Estados, esta circunstancia no afecta para que se les acepte como auténticos derechos, porque en todos los ordenamientos jurídicos modernos existen preceptos de carácter programático que imponen obligaciones de comportamiento y que en el peor de los casos, son elementos insustituibles de interpretación de leyes y resoluciones de la autoridad en la resolución de asuntos judiciales.

En realidad, todos los derechos humanos, cualquiera sea su categoría, tienen un mismo origen, un mismo titular y un mismo destinatario. Todos emanan de la dignidad esencial del ser humano, constituyen un ideal común de la humanidad, pertenecen a todos los miembros de la familia humana (universales) y son reclamables al Estado, obligando a su promoción y protección.

No obstante, es conveniente destacar que mientras los derechos civiles y políticos admiten una clasificación entre aquellos que son inderogables y los que son susceptibles de suspensión en estados de excepción, los derechos económicos, sociales y culturales son todos inderogables. Ni el Pacto de DESC ni el Protocolo de San Salvador contienen normas que autorizan la suspensión en las condiciones establecidas en los Artículos 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana. El primero, no contiene un precepto de suspensión para las emergencias y su Artículo 4, solo

⁷⁵³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008.

contiene una regla de carácter general de limitación de los DESC, la cual dispone que toda suspensión deberá ser: (a) determinada por la ley; (b) compatible con la naturaleza de estos derechos y (c) establecida con "el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"⁷⁵⁴. Mientras tanto, a nivel regional el Artículo 27 de la Convención Americana no admite, en su taxativa enumeración, la suspensión de ninguno de los derechos a que se refiere el Artículo 26, mientras que el Protocolo de San Salvador no se refiere en parte alguna a suspensión o derogación de los derechos que reconoce⁷⁵⁵.

De este modo y tal como se mencionó antes, los DESC y los derechos conocidos como de la solidaridad internacional o derechos de los pueblos, positivados por el derecho internacional convencional, ampliado por declaraciones internacionales, incrementan el núcleo de derechos inderogables⁷⁵⁶.

En resumen, cuando el sistema universal se refiere a derechos fundamentales no sujetos a suspensión o limitación temporal, está haciendo alusión a determinados derechos civiles y libertades públicas, a derechos económicos y sociales fundamentales e igualmente a ciertas garantías judiciales o garantías básicas del debido proceso legal. En consecuencia, el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la propiedad privada, a la participación en la vida cultural de la comunidad, así como el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos, el derecho de protección del medio ambiente y la protección de los bienes históricos, arqueológicos y de otra índole, considerados como patrimonio común de la humanidad, son también derechos inderogables en el sistema de Naciones Unidas y no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción⁷⁵⁷.

En todo caso, los Estados deben respetar tales derechos y garantías, por esta razón las medidas de excepción que adopten en ningún momento pueden afectar su ejercicio ni su vigencia efectiva. Por ejemplo, las medidas restrictivas de la libertad de circulación no pueden afectar la libre circulación de los niños o de estudiantes que requieren del acceso

⁷⁵⁴ CARRETÓN M., Roberto. La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos. [En línea]. <Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1839/5.pdf>>. [Consulta: 30 Jul., 2013].

⁷⁵⁵ *Ibíd.*

⁷⁵⁶ MELÉNDEZ, Op. Cit., p. 173.

⁷⁵⁷ *Ibíd.*, p. 173.

a los centros educativos; ni la libre circulación de los adultos, requerida para acudir a los centros de trabajo, a los centros de salud o a los establecimientos comerciales de productos básicos, alimenticios, farmacéuticos u otros similares. Las medidas restrictivas de la libertad tampoco pueden afectar el derecho de acceso a los centros culturales, a instalaciones religiosas, centros deportivos o a la propia vivienda o lugar de domicilio.

8. CONCLUSIONES

La Corte acoge el término del *núcleo esencial de los derechos fundamentales*, en un sentido similar al acogido por el Tribunal Español, definiéndolo así "... es el contenido mínimo que debe permanecer del derecho para que no se desnaturalice"⁷⁵⁸... "aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es"⁷⁵⁹, es "el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asume el derecho o de las formas en que se manifieste..."⁷⁶⁰.

En ese sentido, en sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional expresa que los instrumentos excluyen múltiples derechos del alcance de las facultades extraordinarias que en los estados de excepción se reconocen al Ejecutivo. Es decir, uno de los primeros límites que imponen las normas internacionales (PIDCP y la CADH), es la imposibilidad de restringir, a través de medidas de excepción, el núcleo esencial de los derechos humanos⁷⁶¹. Por eso como lo dijo la misma Corte en la sentencia C-045 de 1996: "Se deduce que cuando se afecta *el núcleo esencial de un derecho fundamental*, éste queda violado o suspendido"⁷⁶². Por ello, el artículo 6 de la LEEE permite limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, *a condición de que no se afecte su núcleo esencial* y se establezcan garantías y controles para su ejercicio⁷⁶³.

El núcleo duro de los derechos humanos, ha sido definido por la doctrina

⁷⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Ver Sentencia T 406 de 1992, Op. Cit.

⁷⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 179 del 13 de abril de 1994 de 1999, Op. Cit.

⁷⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T - 002 DE 1992, Op. Cit.

⁷⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. Op. Cit.

⁷⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-045 del 8 de febrero de 1996.

Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷⁶³ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Artículo 6. Op. Cit.

internacional, como “un conjunto de derechos que en ninguna circunstancia pueden ser restringidos. La vigencia de tales derechos y la prohibición de la desaparición forzada subsisten incluso en situaciones de Estados de excepción o de conflicto armado interno”⁷⁶⁴. También se puede definir como “aquel grupo de derechos reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado parte, incluso y sobretodo en caso de guerra, de peligro o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, o situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Este se concretaría para el caso colombiano en el listado que se encuentra contenido en el Art. 27.2 de la CADH, y en el Art. 4.2 del PIDCP.

Por lo tanto, a excepción de la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos*, los demás instrumentos internacionales autorizan la suspensión de ciertos derechos, en la medida necesaria para superar la crisis, cuando se ponga en peligro la vida de la nación o la integridad del estado —artículo 4 PIDCP y 27 CADH—, sin enumerar aquellos derechos que pueden ser suspendidos en tales situaciones de emergencia. A contrario sensu, señalan las normas internacionales los derechos inderogables en estas situaciones. Tal indeterminación podría hacer pensar que salvo los derechos expresamente señalados como inderogables, los demás derechos consagrados como fundamentales podrían ser suspendidos si se requirieran para defender la vida y la existencia de las instituciones y de la sociedad misma⁷⁶⁵.

De manera similar, según el *Artículo 15 del Convenio Europeo de derechos Humanos*, es posible la suspensión de los derechos y libertades contemplados en el Convenio Europeo, siempre y cuando haya una guerra o un peligro público que amenace la vida de la nación⁷⁶⁶.

Para Colombia el “núcleo duro” o catálogo de derechos humanos que no puede ser *suspendidos, limitados o restringidos por un Estado parte, incluso y sobretodo en*

⁷⁶⁴ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final. [En línea]. Lima: CVR., 2003, p. 59. Tomo VI. <Disponible en: www.cverdad.org.pe>. [Consulta: 25 Oct., 2013].

⁷⁶⁵ ARIAS ÁVILA, Néstor Oswaldo. El tratamiento internacional de la suspensión de garantías judiciales en los estados de excepción. Bogotá: ESAP. Edición Príncipe, 1993. p. 3.

⁷⁶⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La suspensión de las garantías establecidas en el convenio (Art. 15 CEDH)", en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Colección estudios constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 697-703.

estados de excepción, sumando los derechos incluidos en las cláusulas de no suspensión de la CADH (Art. 27.2) y el PIDCP (art.4.2), está conformado por los siguientes derechos: 1) Derecho a la vida; 2) Derecho a la integridad personal; 3) La prohibición de la esclavitud y servidumbre; 4) La prohibición de discriminación; 5) Derecho a la personalidad jurídica; 6) Derecho a la nacionalidad; 7) Los derechos políticos; 8) Prohibición de pena de prisión por deuda contractual; 9) Principio de legalidad y no retroactividad; 10) Libertades de conciencia y religión; 11) Protección a la familia; 12) Los derechos del niño; y 13) Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Por su parte el Artículo 4 de la Ley 137 de 1994, Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (LEEE) recoge todos los anteriores derechos y agrega otros reconocidos como derechos intangibles, ellos son: i) el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; ii) La prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación⁷⁶⁷.

Ahora bien, lo que prohíben expresamente el Art. 214-2 de la Carta Superior y el Art. 5° de la LEEE es la *suspensión* más no la *restricción* o la *limitación* de los derechos humanos y las libertades fundamentales bajo los estados de excepción. En otras palabras, *un derecho no puede suspenderse* porque como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser consustanciales con la persona lo “*único que podría suspenderse sería su pleno y efectivo ejercicio*”⁷⁶⁸.

En esa medida, los derechos humanos y las libertades fundamentales pueden ser restringidos bajo los estados de excepción, sin embargo, tales restricciones deben ajustarse a lo señalado por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la LEEE, resaltando en todo caso, la imposibilidad de restringir, limitar o suspender el núcleo esencial del derecho fundamental, de conformidad con el Artículo 6 de la LEEE.

⁷⁶⁷ Colombia. Ley137 de 1994 (Junio 2), por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia..., Op. Cit., Artículo 4: Derechos intangibles.

⁷⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Op. Cit.

Además, el listado de los derechos inderogables es mucho más amplio que el que se desprende de la simple lectura del Artículo 4 del PIDCP. Pues, las algunas normas del derecho internacional humanitario, consideradas como *ius cogens*, y que por lo tanto, son de imperativo cumplimiento para los Estados partes, aunado al contenido ciertos derechos económicos, sociales y culturales y de algunos derechos colectivos, positivados por el derecho internacional convencional, ampliados por declaraciones internacionales, incrementan el núcleo de derechos inderogables⁷⁶⁹.

Al respecto, para el Estado colombiano la protección de los DESC resulta obligatoria, toda vez que como se dijo antes, al no existir en Colombia un Artículo constitucional que contemple de manera expresa una lista taxativa de los derechos fundamentales, sino que, al tenor del Artículo 94, cualquier derecho que proteja la dignidad humana puede ser considerado como un derecho fundamental.

Finalmente, es importante que los distintos Estados acaten el núcleo duro de los derechos humanos, pues estos artículos no regulan solo los derechos inderogables, sino que también establecen obligaciones para los Estados partes con el fin de trazar los límites necesarios para evitar abusos y arbitrariedades de la autoridad pública y permitir la supervisión y el control internacional durante los estados de excepción, dicho control será ejercicio en el ámbito universal por el Comité de Derechos Humanos, en el ámbito del Sistema Interamericano , por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Sistema Europeo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el Sistema Africano , el régimen de los estados de excepción no se encuentra regulado.

⁷⁶⁹ MELÉNDEZ, Op. Cit., p. 173.

**CAPÍTULO II. UTILIZACIÓN DE LOS PODERES EXCEPCIONALES EN
COLOMBIA DESDE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE 1991 HASTA 2013**

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

A continuación se describe el marco teórico del principio de proporcionalidad en el control constitucional de los decretos legislativos. Se exponen los conceptos de control constitucional y derechos fundamentales como puntos de partida para la aplicación del principio de proporcionalidad. Se efectúa una compilación doctrinaria de los principales conceptos que se deben tener en cuenta al momento de emplear esta herramienta: los presupuestos y subprincipios del principio de proporcionalidad. Finalmente, se exponen los tres niveles de intensidad con que la Corte Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad cuando ha realizado el control de la normativa objeto de análisis.

La Constitución Política de Colombia en el numeral segundo del artículo 214 establece que las medidas adoptadas por el Gobierno durante los estados de excepción deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos que buscan conjurar⁷⁷⁰. De ahí que la Corte Constitucional en la sentencia C-070 de 1996 haya establecido que el principio de proporcionalidad se deriva del artículo 214 de la Constitución.

La Ley Estatutaria 137 de 1994, que regula los estados de excepción en Colombia, reitera esta carga argumentativa al establecer que "Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar"⁷⁷¹. Es por ello que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha establecido que el "principio de proporcionalidad prefigura y condiciona materialmente el ejercicio de las facultades de excepción"⁷⁷².

⁷⁷⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 214, numeral 2°.

⁷⁷¹ Colombia. Ley 137 de 1994, artículo 9: "Las facultades a que se refiere esta ley no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad, y se den las condiciones y requisitos a los cuales se refiere la presente ley". Así mismo, el artículo 13 indica que "Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad".

⁷⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 939 del 31 de Octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Al respecto, Bernal Pulido⁷⁷³ señala entre algunos de los aspectos controversiales: la legitimidad de la justicia constitucional, los intentos de delimitación de las funciones del control constitucional de las leyes (en Colombia los decretos legislativos tienen la misma fuerza material de la ley) y la discusión sobre la interpretación de la Constitución, en donde las teorías de la argumentación han tomado un papel preponderante. Advirtiendo, que es en este último punto, donde se debe indagar la función del principio de proporcionalidad en el control constitucional de los decretos legislativos.

Para la interpretación de la Constitución se ha considerado que el órgano de control debe emplear criterios que ayuden a atribuir significados socialmente aceptados a las disposiciones constitucionales. De esta forma, se pueden resolver las tensiones entre sus contenidos, los criterios que han de ser justificados a la luz de las convenciones interpretativas vigentes y los criterios de racionalidad práctico general que ayuden a dar argumentos a favor o en contra de cada uno de los principios constitucionales que entran en conflicto⁷⁷⁴.

Uno de los problemas radica en que la Constitución plasma principios y valores expresados de modo abstracto, lo que implica la indeterminación de buena parte de sus preceptos, aunado al carácter conflictivo entre los contenidos constitucionales. Esto conlleva a que el juicio de constitucionalidad de una norma pueda someterse a diferentes interpretaciones desde el mismo texto constitucional, existiendo controversia para establecer qué es lo que la Constitución permite, ordena o prohíbe al legislador⁷⁷⁵. Por ejemplo, en la Constitución Política de Colombia encontramos que el Estado debe proteger el derecho a la vida humana en todas sus manifestaciones, entre ellas, la vida del que está por nacer (Art. 11), pero también el Estado debe respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer en el ámbito de su autonomía individual para decidir sobre su propio cuerpo, sobre su maternidad (Art. 16). Por esto, no es nada fácil

⁶⁹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. En: Revista Derecho del Estado. Diciembre, 1999. No. 7. p. 124.

⁷⁷⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003. p. 246.

⁷⁷⁵ GUASTINI, Ricardo. Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En: MIGUEL CARBONELL y PEDRO P. CASTRO (Coordinadores). El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Lima - Perú: Palestra, 2010. p. 77.

establecer ¿Cuál de estos dos derechos debe primar en el caso en el que una mujer quiera interrumpir voluntariamente su embarazo?

En este contexto, es fundamental la utilización de herramientas, técnicas y reglas argumentativas que ayuden a que en sede de control constitucional se otorgue a los ciudadanos buenas justificaciones del porqué se puede o no restringir un derecho fundamental. Uno de estos instrumentos es el *principio de proporcionalidad*. Su análisis y aplicación resulta de utilidad debido a que permite estructurar el control de constitucionalidad de una norma a partir de una contraposición de las razones que se tengan a favor o en contra de ella y justificar la prevalencia de una de esas razones en disputa.

1.1 Concepción de Derecho Fundamental de la cual se parte

Para la aplicación del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo con una *teoría externa de los derechos fundamentales*, tal como la denomina Borowski⁷⁷⁶, Alexy⁷⁷⁷ o Bernal Pulido⁷⁷⁸; o una *teoría conflictivista* como la designa López Medina⁷⁷⁹ o Lopera Mesa⁷⁸⁰. Esta teoría entiende los derechos fundamentales desde una concepción compleja, integrada por una estructura de principios y reglas: los primeros, entendidos como mandatos de optimización; y las segundas, como mandatos definitivos⁷⁸¹.

De allí se infiere la posibilidad de distinguir entre un contenido inicial o *prima facie*, un contenido definitivo de los derechos fundamentales, la existencia de límites externos al derecho fundamental dada la posibilidad de que su garantía entre en conflicto

⁷⁷⁶ BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 66.

⁷⁷⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁷⁷⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. Cit., p. 462 y ss.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2 Ed. 2006. p. 55 y ss.

⁷⁸⁰ LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2006. p. 134 y ss.

⁷⁸¹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 86 y ss. BOROWSKI. Op. Cit., p. 78 y ss.

respecto de otros derechos fundamentales de contenido constitucionalmente protegido y la necesidad de herramientas interpretativas que permitan resolver estas colisiones al momento de establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales en el caso concreto.

El primer momento en la interpretación de los derechos fundamentales consiste en la determinación de su contenido inicial o *prima facie*, compuesto por todas las potestades que pueden ser asignadas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Por ejemplo: el primer momento del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución colombiana, es el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. En este primer momento, el derecho puede entrar en conflicto con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución, tales como la intimidad, la honra, el buen nombre o la prohibición de la discriminación; razón por la cual, el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido por el legislador, pero de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa⁷⁸².

Por esto se habla de un segundo momento o contenido *definitivo*, en el que se establece el contenido o ámbito de protección decisivo del derecho. Contenido conformado por aquellas formas de realización que no pueden ser objeto de posteriores limitaciones, porque se consideran en un momento o caso determinado como razones más fuertes a favor de la protección del derecho que cualquier otro argumento a favor de su restricción. Este contenido definitivo solo se obtiene una vez consideradas todas las circunstancias relevantes del caso objeto de estudio en que dicha norma deba ser aplicada y una vez decididas todas las colisiones entre principios que justifiquen la protección del derecho fundamental y aquellas otras que aboguen por su restricción⁷⁸³.

En un sistema democrático, la competencia para restringir los derechos fundamentales está en manos del legislador, quien tiene la facultad constitucional de prohibir o exigir ciertas conductas e imponer sanciones. De este modo, se trata de

⁷⁸² LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2006. p. 134 y ss.

⁷⁸³ *Ibíd.*

anticipar una respuesta legislativa a los conflictos que se pueden presentar en casos concretos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales. Ello ocurre por ejemplo: cuando el legislador tipifica como delito la injuria, al prohibirle a una persona proferir expresiones deshonrosas en contra de otra y sancionar este mandato con una pena. De esta manera, el legislador está ejerciendo la competencia constitucional que tiene para tratar de dar una respuesta anticipada al conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor que puede suponer el uso de expresiones injuriosas.

Al sostener, *desde una teoría externa*, que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitación se reconoce que no son absolutos, y por lo tanto, que no todo el contenido inicial queda protegido como contenido definitivo. Pero la exclusión de una modalidad de ejercicio perteneciente al contenido inicial de un derecho debe estar justificada mostrando por qué las razones a favor de la restricción pesan más que las razones a favor de la protección de ese derecho en el caso concreto. Para estructurar ese juego de razones a favor y en contra, se necesita de una herramienta argumentativa como el principio de proporcionalidad, la cual admite la idea de conflicto y ofrece criterios para resolverlo.

1.2 El Principio de Proporcionalidad

El juicio, test o principio de proporcionalidad es un concepto que se ha implementado en la jurisprudencia constitucional como una herramienta argumentativa utilizada para controlar las restricciones a los derechos fundamentales.

En los países europeos, esta herramienta es el resultado de una elaboración dogmática de criterios de evaluación de las intervenciones del poder público en la libertad y demás derechos fundamentales. El surgimiento de su concepción actual para limitar los excesos de los poderes públicos, se encuentra en la filosofía política de la ilustración. El pensamiento liberal de la ilustración y la concepción del hombre como un individuo dotado de libertad natural, la cual solo se podía restringir en casos

estrictamente necesarios y en la medida en que fuera imprescindible para garantizar los derechos de los demás⁷⁸⁴.

El principio de proporcionalidad se desarrolló notablemente a finales del Siglo XVIII en el derecho de policía prusiano, como consecuencia de la amplia discrecionalidad con la cual estaba facultada la actividad administrativa para coartar las libertades y la propiedad de los ciudadanos con el pretexto de mantener la seguridad y el orden público. La actividad de la policía no se concebía como un poder ilimitado, por lo tanto, se desarrollaron una serie de normas y principios de donde se podía establecer que las intervenciones policiales solo eran lícitas en la medida que eran imprescindibles y adecuadas en relación con los fines que perseguían⁷⁸⁵. Fue en ese derecho donde se inició el desarrollo de los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁷⁸⁶.

En la actualidad, Robert Alexy es el teórico que doctrinalmente ha desarrollado y divulgado este principio, principalmente en su *Teoría de los derechos fundamentales*. En el mundo de habla castellana existen un buen número de trabajos sobre el principio de proporcionalidad; entre ellos destaca el de Carlos Bernal Pulido, Gloria Lopera Mesa y Rodolfo Arango. En Colombia, la Corte Constitucional desde sus inicios ha utilizado el principio de proporcionalidad como herramienta para valorar la legitimidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

La trascendencia de este principio obedece al entendimiento contemporáneo de las Constituciones. Éstas contienen, principalmente principios, que garantizan bienes y valores jurídicos diversos que en los casos concretos suelen estar en colisión. Las constituciones son dúctiles y flexibles, representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas. De esta suerte, las constituciones no responden a un solo modelo o proyecto sino a proyectos políticos, económicos y sociales contrapuestos. El carácter potencialmente conflictivo de la Constitución contemporánea obliga a métodos jurídicos de interpretación y argumentación que permitan en las situaciones

⁷⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. Cit., p. 41. LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Op. Cit., p. 31 y 32.

⁷⁸⁵ PERELLO DOMENECH, Isabel. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: Jueces para la democracia. Información y Debate. 1997. No. 28. p. 69.

⁷⁸⁶ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. Cit., p. 42. LOPERA MESA. Principio de proporcionalidad y ley penal. Op. Cit., p. 33.

concretas conciliar y armonizar, caso por caso, los principios y valores opuestos que contienen.

Una característica adicional de las constituciones contemporáneas es que éstas no suelen jerarquizar principios y derechos de manera absoluta, porque si esto se hiciera así, significaría que una visión o proyecto sobre la realidad se impone jurídicamente a los demás. Las sociedades democráticas se distinguen por su carácter abierto y tolerante y en ellas no cabe la entronización definitiva o permanente de un grupo de principios constitucionales sobre y a costa de los demás⁷⁸⁷.

De este modo, el principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución⁷⁸⁸.

Además, es un método interpretativo constitucional para solucionar conflictos entre principios de ese carácter, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales o, conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional. De acuerdo con los planteamientos de Carlos Bernal⁷⁸⁹, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es una estructura argumentativa que permite determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador en cada caso. Esta definición puede extenderse algo más para entender que esta estructura argumentativa en general

⁷⁸⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. Idea, validation and criticism of the principle of balancing. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 65-100.

⁷⁸⁸ Se puede afirmar entonces, que el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemana después de la segunda guerra mundial —con influencia del derecho anglosajón— y que posteriormente ese método de interpretación constitucional se ha ido incorporando en la jurisprudencia y doctrina de países europeos continentales y latinoamericanos, al igual que en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales que tutelan derechos fundamentales.

⁷⁸⁹ BERNAL PULIDO. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Op. Cit., p. 156.

permite resolver conflictos entre principios constitucionales, sea que reconozcan o no derechos fundamentales, pues estos operan también en el razonamiento como principios.

Para Rodolfo Arango, el *principio de proporcionalidad o razonabilidad* presupone la ponderación entre dos conceptos normativos (principios, derechos constitucionales, derechos fundamentales) de igual jerarquía que colisionan entre sí, de forma tal que se establezcan límites razonables entre ellos mediante la optimización de los mismos según las condiciones fácticas y jurídicas. El principio de proporcionalidad propugna porque al resolver la colisión de principios mediante ponderación no se sacrifique ninguno de los dos principios, sino que ambos se realicen en la mayor medida de lo posible, como cuando se admite la penalización del consumo de droga -pero no la penalización de la dosis personal- con lo que se equilibran la potestad de política criminal del Estado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁹⁰.

En un caso concreto donde se presente un conflicto entre principios constitucionales, el juicio de proporcionalidad permite confrontar las razones a favor de la restricción del principio y las que podrían darse para justificar su permisión. Este tipo de confrontaciones admite que sean tenidas en cuenta tanto las razones que pueda tener el legislador para justificar una medida, como las razones que puedan exponer quienes se oponen a la restricción del derecho en nombre de la garantía de algún principio o derecho constitucional. Este principio tiene especial aplicación en el juicio de igualdad para establecer si el trato desigual a iguales o el trato igual a desiguales están constitucionalmente justificados.

El principio de proporcionalidad está integrado por una estructura argumentativa donde se analizan tres elementos o subprincipios, cada uno de los cuales posee sus reglas y modo de aplicación. Estos elementos son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pero antes de realizar este análisis, se debe verificar si estamos ante un conflicto de principios constitucionales, ya que si no existen

⁷⁹⁰ ARANGO, Rodolfo. Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. Tomado de su libro Derechos, constitucionalismo y democracia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, 219-266.

dos posiciones aplicables a un determinado caso, no procede el uso de esta herramienta argumentativa, ya que ella presupone la idea de conflicto.

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, lo que significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas⁷⁹¹. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Ahora se expondrá, de acuerdo con la doctrina, cada uno de los subprincipios que integran el análisis y la aplicación del juicio de proporcionalidad, con el fin de mostrar la estructura de cada uno y los aspectos que se deben tener en cuenta al momento de enjuiciar un decreto legislativo. Advirtiéndose que, cada uno de estos subprincipios, es requisito para aplicar el siguiente, esto es, solo se pasa al examen de necesidad si la medida supera el juicio de idoneidad; a su vez, solo se aborda en examen de proporcionalidad en sentido estricto cuando la medida supera el juicio de necesidad.

El subprincipio de idoneidad consta de dos elementos a tener en cuenta: que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo. Respecto al elemento referente a que la intervención o afectación en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad, es decir, podría tener fundamento legítimo la intervención o afectación si se apoya en los tratados internacionales, en la jurisprudencia constitucional o en normas de constituciones históricas cuyos principios no estén derogados de manera expresa o implícita por nuevas disposiciones constitucionales o aun en leyes secundarias que amplíen o maximicen derechos fundamentales contemplados en la carta magna.

⁷⁹¹ ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 2.

La idoneidad entraña que la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo. La intervención o afectación en los derechos fundamentales de la medida debe servir para promover, fortalecer o ayudar al fin constitucional legítimo de la medida.

El subprincipio de necesidad, significa que la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales debe ser estrictamente indispensable porque es la menos gravosa entre otras alternativas para arribar al fin constitucionalmente legítimo o, en su defecto, porque no existen otras alternativas o, las que existen, afectan o gravan en mayor medida o número los derechos fundamentales. Si existen medidas de intervención o afectación a los derechos fundamentales menos gravosas y se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, la intervención o afectación en los derechos fundamentales no es correcta, a menos que quede acreditado que existen imposibilidades técnicas o costos económicos exorbitantes que impidieron escoger una alternativa menos gravosa que la escogida.

En ese sentido, es necesario realizar un estudio sobre la eficiencia y eficacia de las alternativas disponibles, esto es, se precisa determinar el costo-beneficio —no necesariamente cuantitativo— de cada una de ellas, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, para obtener el fin legítimo. Los jueces constitucionales desempeñaran una función esencialmente valorativa para elegir la alternativa menos gravosa y que satisfaga de manera conveniente el fin legítimo previsto por la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales.

El tercero de los subprincipios, *el de proporcionalidad en sentido estricto*, entraña establecer cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto⁷⁹². En el estudio de este subprincipio —también llamado de ponderación— se hacen dos tipos de estudio: uno normativo y otro de carácter empírico. El estudio normativo se ocupa del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y sus respectivos bienes tutelados tienen en el ordenamiento —su nivel de

⁷⁹² ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica...*, cit., pp. 1-26.

importancia o de fundamentalidad—; igualmente, atiende a los niveles de intensidad con los que la preferencia por un derecho fundamental afecta al derecho fundamental en conflicto⁷⁹³.

El nivel de importancia de un derecho fundamental respecto al otro deviene casi siempre del estatus constitucional del derecho y de su relación con los otros derechos y principios, según se hayan definido ya en la jurisprudencia, la dogmática y las prácticas constitucionales. Esta parte del estudio normativo en abstracto es insuficiente para realizar el juicio de ponderación porque los derechos fundamentales no están *a priori* unos por encima de otros, pero sirve para comprender lo que está en lisa. La preferencia que en ese momento el estudio normativo logre determinar, es preliminar y no inamovible, es simplemente una ordenación *prima facie*.

En síntesis, la argumentación del *principio de proporcionalidad en sentido estricto toma en cuenta los siguientes pasos*: la primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio⁷⁹⁴. Esta ley es enunciada por Alexy de esta forma: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"⁷⁹⁵. La idea central de la ley de la ponderación es la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios en colisión.

De lo anterior se deduce que, la aplicación de la ponderación se despliega en esos tres pasos: determinar el grado de no satisfacción o afectación de un principio; precisar la importancia de la satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto, y establecer si la importancia del principio contrapuesto justifica la no satisfacción del otro.

⁷⁹³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio.*, cit., 2005, pp. 775 y ss.

⁷⁹⁴ ALEXY, Robert, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 32 y ss.

⁷⁹⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los...*, Op. Cit., p. 161.

1.3 La Intensidad del Test de Razonabilidad o Proporcionalidad

Para Rodolfo Arango, el *principio de proporcionalidad o razonabilidad* presupone la ponderación entre dos conceptos normativos (principios, derechos constitucionales, derechos fundamentales) de igual jerarquía que colisionan entre sí, de forma tal que se establezcan límites razonables entre ellos mediante la optimización de los mismos según las condiciones fácticas y jurídicas. El principio de proporcionalidad propugna porque al resolver la colisión de principios mediante ponderación no se sacrifique ninguno de los dos principios, sino que ambos se realicen en la mayor medida de lo posible, como cuando se admite la penalización del consumo de droga -pero no la penalización de la dosis personal- con lo que se equilibran la potestad de política criminal del Estado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁹⁶.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (Art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (Art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (Art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de razonabilidad, con variantes importantes pero también con elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.

Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis

⁷⁹⁶ ARANGO, Rodolfo. Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. Op. Cit.

del *fin* buscado por la medida, 2. el análisis del *medio* empleado y 3. el análisis de la *relación* entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.

En armonía con esa tendencia general, la jurisprudencia constitucional colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un *test estricto*, un *test intermedio* y uno *leve*. Cada uno de estos tipos del test supone una diferente intensidad. Las diferencias básicas entre estas tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa⁷⁹⁷

En la sentencia C-673 de 2001⁷⁹⁸, la Corte Constitucional se pronunció sobre una disposición normativa, expedida por el Gobierno en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas por el legislador, que iguala a educadores oficiales y no oficiales respecto de las normas sobre ingreso y ascenso en el escalafón docente. El demandante pretendía se prohibiera extender las normas sobre escalafón nacional docente a los docentes no oficiales, con el argumento de que en el sector de la educación privada priman el pluralismo y la autonomía de la voluntad privada, no debiendo darse un trato igual a lo esencialmente diferente. En esta oportunidad la Corte Constitucional realiza diversas ponderaciones cuando aborda el tema de la intensidad del test a aplicar para el análisis de constitucionalidad de la medida legislativa demandada.

Cabe indicar que la referida sentencia analiza las diversas intensidades con que se puede ejercer el control de constitucionalidad. La sentencia expone además algunos criterios para determinar la intensidad del test a aplicar según la materia. La siguiente

⁷⁹⁷ En relación con la carga de la prueba y de la argumentación, la Corporación ha concluido que varía según la intensidad del test. En el test leve de razonabilidad se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida, unida a elementos que *prima facie* no arrojan dudas de ella, lo que hace más exigente la demostración de su inconstitucionalidad para el demandante. En cambio, en el test estricto de razonabilidad basta al actor sustentar correctamente su demanda, a partir de elementos que *prima facie* despiertan inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v.gr. una clasificación fundada en la opinión religiosa o el sexo o la raza. Corresponde entonces al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad. De esta forma se opera una inversión de la carga probatoria y argumentativa en favor del ciudadano.

⁷⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-673 del 28 de junio de 2001. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

matriz muestra los diferentes elementos a examinar en el test de razonabilidad o proporcionalidad de una medida, según tipos de intensidad:

Tabla 1. Intensidad del test de proporcionalidad o razonabilidad

Intensidad del control	Fin	Medio	Relación Medio/Fin	Carga de la prueba recae en
Test leve	Legitimidad	Legitimidad	Adecuación	Demandante
Test intermedio	Legitimidad Importancia	Legitimidad	Adecuación Conducta	
Test estricto	Legitimidad Importancia Imperiosidad	Legitimidad	Adecuación Necesidad Proporcionalidad en sentido estricto	Quien defiende la medida

Es así como en el *test leve* solo se analizan la legitimidad del fin buscado y del medio escogido, y se pondera si tal medio es adecuado para alcanzar el fin buscado. Aquí la libertad de configuración legislativa y de opción política es máxima. En cambio, cuando se aplica un test estricto -por ejemplo porque se afecta gravemente un derecho fundamental-, los jueces constitucionales no se limitan a analizar la legitimidad del fin y el medio o a ponderar la adecuación de éste para lograr aquél, sino que, además, analizan si el medio es efectivamente conducente (como en el test intermedio), si es necesario, y si existe proporcionalidad entre los beneficios de alcanzar el fin y los perjuicios sobre otros principios, derechos o normas materiales que ocasiona la aplicación del medio escogido por el legislador.

1.3.1 Criterios de fijación de la intensidad del test de proporcionalidad a aplicar

En el control de constitucionalidad la Corte aplica, por lo general, *un test leve de razonabilidad* en examen de una medida legislativa. *El test leve* se limita a establecer la *legitimidad* del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están

constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es *adecuado*, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.

La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el período de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio- fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional.

En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un *test leve de razonabilidad*, como por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. En el presente caso, la norma que regula la aplicación de las normas sobre estatuto docente, capacitación y asimilaciones no encuadra en ninguna de estas hipótesis, ya que lejos de versar sobre las mencionadas materias regula aspectos de la carrera docente. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad

preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. El artículo 4° demandado se relaciona con las hipótesis 4 y 6, lo que habla a favor de la aplicación de un test leve de razonabilidad al examen de su constitucionalidad.

Aunque el *test de razonabilidad leve* es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser remplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Un test menos intenso - *llamado test intermedio* - también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Por su parte, *el test intermedio* involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no solo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

Adicionalmente, los efectos de cada criterio tampoco son definitivos, porque dicha determinación depende del peso de los elementos propios de cada caso, los cuales son apreciados y ponderados en forma independiente por esta Corporación.

Finalmente, es de advertir que pueden presentarse colisiones entre los diferentes criterios para la fijación de la intensidad del test. En el presente caso, tal colisión se presenta entre la posible afectación de derechos fundamentales, como los enumerados por el demandante, y el elemento de que las medidas cuestionadas han sido adoptadas en desarrollo de una competencia no genérica sino específica en el campo de la educación atribuida a un órgano constitucional por el propio Constituyente. En estos casos, se hace necesario realizar una ponderación entre dichos criterios, unidos a otros propios del caso, con miras a determinar la intensidad del test de razonabilidad a emplear en el control de constitucionalidad.

Se advierte entonces, que en materia de igualdad la ponderación a realizar entre principios o derechos que colisionan se convierte en materia compleja; esto, sin embargo, es una mera apariencia, ya que la estructura de tres niveles (fin, medios, relación medios/fin) del test, cada uno de ellos calificado en los elementos que analiza (legitimidad, imperiosidad, adecuación, conducencia, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, etc) es bastante simple.

Finalmente, y con respecto, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede afirmar que por primera vez en nuestro derecho constitucional, se presenta un esfuerzo meticuloso para auto-limitar el ejercicio del control constitucional, aunque en la sentencia comentada se advierta repetidamente sobre el carácter heurístico, no obligatorio, de los diferentes tests a aplicar en la ponderación de principios contrapuestos. Este esfuerzo muestra cómo los jueces están en la posibilidad de reconciliarse con el sentido común y de argumentar razonadamente sus fallos de forma que éstos obtengan mayor aceptabilidad.

2. DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN COLOMBIA

Como se dijo antes, a lo largo del tiempo, la Corte constitucional ha trazado una línea jurisprudencia que demarca el alcance del control constitucional sobre los estados de excepción y de manera especial, ha establecido algunos presupuestos que deben ser tenidos en cuenta para llevar a cabo el *juicio de constitucional sobre los decretos legislativos*. En efecto, en su jurisprudencia ha tratado de precisar el contenido del control, señalando que los argumentos que fundamentan la declaratoria del estado de excepción deben ceñirse a lo determinado la Constitución Política. Sobre el juicio de constitucionalidad la Corte dijo: “A través del juicio de constitucionalidad es preciso verificar que las medidas adoptadas, en su contenido mismo, no entren en contradicción específica con la Constitución y no desconozcan las prohibiciones generales contenidas en el ordenamiento superior, que comprenden las de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁷⁹⁹.

En esa medida, para realizar el juicio sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, la Corte realiza un examen integral de los mismos, es decir, en primer lugar realiza un control formal verificando el cumplimiento de los requisitos formales decretos legislativos y luego realiza el control material, sobre el contenido de los mismos, atendiendo a distintos presupuestos, que serán explicados, en las siguientes líneas:

⁷⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-226 del 30 de marzo de 2009. Op. Cit.

2.1 Examen formal en el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos

En cuanto al examen formal del decreto declaratorio, la Corte debe determinar si el decreto cumple o no las exigencias establecidas en cada uno de los artículos que regulan los estados de excepción en la carta constitucional (artículos 212, 213, 214 y 215) y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. Tales requisitos son: Fue firmado por el Presidente de la República y todos sus ministros. Señala el ámbito geográfico de la declaratoria al indicar que comprende todo el territorio nacional. Menciona y no desborda el período de tiempo señalado en la Constitución por el cual se declara el estado de excepción. Indica el término dentro del cual hará uso de las facultades extraordinarias, convocando al Congreso al no encontrarse reunido. Aparecen explícitos en su parte considerativa los motivos que le llevan a declarar el estado de excepción. Si el decreto legislativo fue remitido a la Corte para su revisión constitucional el primer día hábil siguiente de su expedición. En caso de incumplir con tal deber al tenor del numeral 6) del artículo 214, La Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Así las cosas, una vez que la Corte encuentra que los decretos declaratorios cumplen a cabalidad con los requisitos formales constitucionales y legales, podrá llevar a cabo el examen de los presupuestos materiales de la declaración del estado de excepción.

2.2 Examen material en el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos

La Corte desde que avoca el conocimiento de un decreto legislativo debe brindar las oportunidades procesales necesarias para que el Gobierno Nacional, los actores y la ciudadanía en general puedan participar activamente en el curso de esta decisión. Luego, debe articular esquemáticamente cada uno de los considerandos del decreto legislativo, atendiendo a los requisitos materiales para la declaratoria del estado de excepción, esto es, si corresponde al *presupuesto fáctico*, al *presupuesto valorativo* y al *juicio de suficiencia de los medios ordinarios*. Tal análisis se deriva de lo dispuesto en la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, atendiendo además a la interpretación autorizada por la Corte Constitucional (Art.241 superior). Para Manuel Iturralde “con la doctrina del control material la Corte redefinió la relación entre lo político y lo jurídico,

la norma y la excepción. Al hacer esto, limitó la discrecionalidad absoluta del Ejecutivo la cual, según la Corte, no siempre respondía a las exigencias, los principios y valores constitucionales”⁸⁰⁰. Sobre estos requisitos la Corte Constitucional ha expresado:

Estos contenidos del razonamiento jurídico inherentes al control de constitucionalidad de los decretos declaratorios de los estados de excepción, constituyen un parámetro para la decisión del juez constitucional, configuran un factor de equilibrio para su decisión sujetándola a un marco estrictamente jurídico, rodean esa decisión de la legitimidad que precisa como acto de control jurídico y realizan el propósito del constituyente de equilibrar el ejercicio de los poderes públicos⁸⁰¹.

2.2.1 El presupuesto fáctico

En el presupuesto fáctico, la Corte hace una lectura de los hechos que fundamentan el estado de excepción y que aparecen esbozados en *la declaratoria, de la misma manera elabora una posterior verificación de su ocurrencia*. Para Clara Elena Reales⁸⁰² cuando la Corte estudia las características del análisis del presupuesto fáctico, “le da mucho peso a los elementos probatorios para identificar los factores generadores de la crisis que dan lugar al estado de excepción. Identificados los hechos, la Corte examina si se trata de hechos relevantes (...) de hechos determinantes (...) de hechos nuevos o sobrevinientes...”.

En el estado de conmoción interior, el análisis se centra en el presupuesto “*en caso de grave perturbación del orden público*” que según señala la Corte, parte de la ocurrencia de hechos concretos, perceptibles y en consecuencia, verificables, los cuales objetivamente generan una alteración de las condiciones de seguridad y tranquilidad requeridas para el ejercicio de los derechos. Como suceso del mundo fenomenológico, el presupuesto fáctico, en sede de control constitucional, es susceptible de un juicio objetivo de existencia. Es decir, el juez constitucional debe determinar si la perturbación del orden público tuvo o no tuvo ocurrencia, pues por tratarse de un supuesto fáctico no hay alternativa distinta a la de haber o no haber ocurrido. Así mismo, al Presidente de la

⁸⁰⁰ ITURRALDE, Op. Cit., p. 111

⁸⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

⁸⁰² REALES GUTIÉRREZ, Op. Cit., p. 652.

República no le es dado apoyar la declaratoria del estado de excepción en un presupuesto fáctico inexistente⁸⁰³.

A su vez, al tenor del artículo 215 de la Constitución, el Estado de emergencia se declarará “*cuando sobrevengan*” hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico, o que constituyan grave calamidad pública.

El artículo 215 de la Constitución establece como uno de los presupuestos materiales para la declaratoria del Estado de emergencia “*la presencia de hechos sobrevinientes y extraordinarios*”. Este presupuesto está sujeto a un juicio objetivo de existencia por el Juez Constitucional en cuanto a la ocurrencia de los hechos invocados, toda vez que si ello no se presenta, la declaratoria deviene en inconstitucional. De igual manera, dicho presupuesto se agota *con la comprobación del carácter sobreviniente de los hechos, que también es de índole objetivo*⁸⁰⁴.

Sobre el carácter “*sobreviniente*” de los hechos, la Corte en principio lo ha asimilado a los vocablos novedoso, imprevisible, impredecible e irresistible⁸⁰⁵. Los hechos sobrevinientes que posibilitan la declaración del Estado de emergencia no pueden tener cualquier naturaleza, dada la temporal asunción de la función legislativa y la restricción de las libertades y garantías individuales.

Sobre el carácter “*extraordinario de los hechos*” la Corte expuso que la Constitución y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, solo exigen que las circunstancias invocadas sucedan de manera imprevista y se aparten de lo ordinario, esto es, de lo común o natural. En esa medida también la agravación rápida e inusitada de un fenómeno ya existente puede tener el carácter de sobreviniente y extraordinario, por el hecho de ocurrir de manera inopinada y anormal. No es que la Corte desconozca la

⁸⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002., Op. Cit.

⁸⁰⁴ Sin duda alguna, de los artículos 215 superior y 2º de la LEEE, se desprende que los hechos invocados en la declaratoria del estado de emergencia deben tener una doble calificación, esto es, *deben ser sobrevinientes y extraordinarios*. Al respecto ver sentencia Corte Constitucional, C-135 de 2009.

⁸⁰⁵ Los acontecimientos deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales. Ver Sentencias C-004 de 1992, C-122 de 1997, C-122 de 1999, C-135 de 2009 y C-254 de 2009.

crisis en los precios internacionales de los productos de exportación, el desempleo, el subdesarrollo y la pobreza, sino que clama por una legislación que trate de adecuarse a ella por las vías normales previstas en la Carta.

2.2.2 El presupuesto valorativo

En el estado de conmoción interior se hace un juicio sobre el presupuesto fáctico con relación a la intensidad de la perturbación y sus consecuencias, en este sentido, la Carta dispone que "En caso de *grave* perturbación del orden público *que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, la convivencia ciudadana...*". Como puede advertirse, este presupuesto ya no remite al supuesto de hecho en sí, esto es, a la perturbación del orden público como fenómeno directamente perceptible y verificable, sino que involucra un juicio de valor sobre ese supuesto fáctico. Se trata de una valoración relacionada con la intensidad de la perturbación y con sus consecuencias.

Por una parte, no es cualquier perturbación del orden público la prevista en la norma superior sino una perturbación de naturaleza "*grave*"⁸⁰⁶. Por la otra, además de ser grave, la alteración del orden público, debe atentar de manera inminente contra *la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana*. La alteración del orden público, debe tener la virtualidad *de atentar, de poner en serio peligro, de amenazar, de generar un riesgo* para esos ámbitos de protección. Basta demostrar que la grave alteración del orden público amenaza uno de esos tres ámbitos para que la declaratoria del estado de conmoción interior sea legítima. Además, el peligro debe ser "*inminente*", lo cual significa que debe haber un riesgo efectivo que puede materializarse en cualquier momento, se trata de un peligro potenciado por su inmediatez temporal.

⁸⁰⁶ El Presidente de la República es quien debe dar una valoración objetiva de la intensidad de la perturbación.

Mientras tanto, en el Estado de emergencia este presupuesto se refiere a la perturbación o la amenaza de perturbación en forma grave e inminente del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública. En efecto, la Constitución señala que la emergencia podrá declararse frente a hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar “*en forma grave e inminente*” el orden económico, social y ecológico, o que constituya “*grave*” calamidad pública (Art.215)⁸⁰⁷.

Según la Corte Constitucional, el presupuesto valorativo ya no refiere al supuesto de hecho que motiva la declaratoria, sino que, comprende un juicio de valor sobre el supuesto fáctico. Es decir, se trata de una valoración relacionada con la intensidad de la perturbación y sus consecuencias, que le corresponde al Presidente de la República como responsable del mantenimiento del orden público. De ahí que cualquier perturbación del orden no da lugar a la declaratoria del Estado de emergencia sino aquella que revista de

“*gravedad*” e “*inminencia*”, o que constituya “*grave*” calamidad pública⁸⁰⁸. Supuesto valorativo que no impide al Juez Constitucional proceder a su examen objetivo para determinar si fue arbitrario o no, o fruto de un error manifiesto⁸⁰⁹. En suma, el papel de la Corte en este presupuesto es verificar que esta apreciación no sea arbitraria o se incurra en un error manifiesto.

2.2.3 Juicio sobre la suficiencia de los medios ordinarios

En el juicio de suficiencia se hace nuevamente un análisis de lo preceptuado en el Art. 213 C.P: “una grave perturbación del orden público “*que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía*”, esta vez con relación al uso de los medios ordinarios de las autoridades de Policía y la capacidad de éstos para conjurar los hechos motivo de la perturbación.

⁸⁰⁷ Sobre el alcance de este presupuesto ver sentencia C-135 de 2009.

⁸⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

⁸⁰⁹ Cfr. Sentencia C-135 de 2009.

Por lo tanto, la declaratoria del estado de conmoción interior es la *medida extrema* en la agenda jurídica y política del Estado. Se trata de un último recurso para defender al pueblo colombiano y a la organización institucional que él se ha dado. Solo se puede acudir a esta figura cuando las herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza con disolver el acuerdo que posibilita la convivencia pacífica⁸¹⁰. En otras palabras, solo en el evento que, una vez verificados el presupuesto fáctico y el presupuesto valorativo, en las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía no existan mecanismos que permitan conjurar la amenaza que se cierne contra el pueblo colombiano y la organización política por la que ha optado, es legítimo acudir a la declaratoria del estado de conmoción interior.

Para Clara Elena⁸¹¹, lo primero que debe constatar la Corte es si existen medios ordinarios, si éstos han sido usados y si a pesar de existir no resultaban suficientes para superar la crisis. En este sentido, la metodología que debe seguir la Corte es realizar un juicio objetivo de ponderación orientado a establecer si su apreciación sobre la insuficiencia de las medidas ordinarias de policía fue o no arbitraria y si en ella se incurrió o no en un error manifiesto de apreciación.

Por lo dicho, para la declaratoria del estado de conmoción interior, la perturbación del orden público no basta⁸¹². Pero tampoco es suficiente una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la conveniencia ciudadana.

Solamente en ese marco constitucional, al Presidente de la República le asiste la facultad de apreciar la suficiencia o insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la grave perturbación del orden público y sus implicaciones. No obstante, esa facultad no es absoluta ni arbitraria, pues en su ejercicio el Presidente debe sujetarse a los límites de los estados de excepción⁸¹³ fijados por la Constitución Política,

⁸¹⁰ Ver sentencia 802 de 2002.

⁸¹¹ REALES GUTIÉRREZ, Op. Cit., p. 653.

⁸¹² Si así fuera, en los largos períodos en que concurra una perturbación del orden público debería siempre estarse bajo el derecho constitucional de excepción, esto es, bajo un sistema de restricción de derechos.

⁸¹³ Un límite importante que deberá ser tenido en cuenta en la declaratoria del estado de conmoción interior es el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución Política, el cual prohíbe expresamente la “No suspensión de los derechos humanos ni las libertades fundamentales”. Cuando la Carta se refiere a los

los tratados internacionales sobre derechos humanos y el DIH ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria sobre los estados de excepción.

De ahí que el control de este presupuesto material de la declaratoria del estado de conmoción interior le plantee a la Corte la necesidad de emprender una evaluación mínima sobre la apreciación del Presidente respecto de la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía; de verificar la anunciación de las medidas que en términos generales requiere el Gobierno para la superación de la crisis; de establecer si entre esas medidas y las causas de la perturbación del orden público existe una conexidad teleológica, finalmente, de verificar si se ha hecho una indicación general de las libertades que resulta necesario restringir⁸¹⁴. Por lo tanto, solo se puede acudir a la declaratoria del estado de conmoción interior, cuando las herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado no permiten conjurar la grave alteración del orden público que amenaza con disolver el acuerdo que posibilita la convivencia pacífica.

Además, es importante señalar que el análisis del juicio de suficiencia de las medidas ordinarias de policía debe ser global y no detallado, pues de lo contrario, se anularía el control que la Corte Constitucional debe emprender posteriormente sobre cada uno de los decretos legislativos de desarrollo⁸¹⁵. En consecuencia, el condicionamiento material que la Carta hace del estado de conmoción interior no solo determina la legitimidad o ilegitimidad constitucional del decreto legislativo declaratorio, sino que, también constituye el ámbito de sujeción de los decretos legislativos de desarrollo dictados con base en él. De este modo, si el acto declaratorio no satisface ese condicionamiento, contraría la Carta y deberá ser retirado del ordenamiento. Si los decretos de desarrollo dictados con base en él no están directa y específicamente relacionados con los motivos

"derechos humanos y libertades fundamentales", se remite a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en lo que la doctrina constitucional ha definido como bloque de constitucionalidad, esto es, aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. Este límite considerado en mi opinión, como el más importante y objeto de la presente investigación, será analizado en capítulos posteriores.

⁸¹⁴ Ver sentencia 802 de 2002.

⁸¹⁵ Solamente una vez se ha realizado el control automático de cada uno de los decretos legislativos de desarrollo, debe realizarse un análisis concreto y estricto sobre la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía y sobre la consecuente necesidad de acudir a medidas excepcionales con miras a la conjuración de la crisis.

de la declaración, contrarían también el Texto Superior y deberán ser declarados inexecutable⁸¹⁶.

A su vez, la Corte Constitucional ha expresado que solo se puede acudir al Estado de emergencia cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave perturbación del orden económico, social y ecológico, o de grave calamidad pública⁸¹⁷. En efecto, en la sentencia C 122 de 1997 advirtió que de conformidad con el “*principio de subsidiariedad*”, el Estado de emergencia se encuentra supeditado a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, descartando que un criterio de eficacia pueda anteponerse al mismo⁸¹⁸.

Así, el deber primordial que pesa sobre los órganos del Estado es el *gobernar en el marco de la normalidad institucional*, con las herramientas que el ordenamiento jurídico ha puesto a su disposición, cuyo empleo oportuno y eficiente resulta imperativo para enfrentar situaciones críticas y profundas, tanto a nivel preventivo como de solución. De ahí que la declaración de los estados de excepción se circunscriba a *situaciones extremas* que no puedan ser resueltas con el ejercicio de los medios ordinarios⁸¹⁹.

En suma, la declaratoria del estado de conmoción interior es legítima si los hechos generadores son verificados, si de ellos se ha inferido razonablemente tanto la grave perturbación del orden público como la potencia lesiva exigida por el constituyente y si es cierto que tal perturbación solo puede conjurarse acudiendo a medidas extraordinarias.

⁸¹⁶ Ver sentencia 802 de 2002.

⁸¹⁷ Cfr. Sentencia C-135 de 2009.

⁸¹⁸ En sentencia C-122 de 1997 la Corte Constitucional dijo: “De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997, Op. Cit.

⁸¹⁹ El pensamiento que inspiró al Constituyente en esta materia fue el de limitar los estados de excepción a las situaciones extremas, que no pudieran ser resueltas satisfactoriamente a través de los medios ordinarios”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997. Magistrados Ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. DECLARATORIAS DE ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR: 1991 – 2015

Considerando que el estado de conmoción interior es el que permite que con mayor frecuencia puedan suspenderse los derechos fundamentales de los ciudadanos para salvaguardar el orden público o la seguridad del Estado; en este apartado se realizará un análisis de las declaratorias de estado de conmoción interior y los decretos legislativos expedidos en Colombia desde que inicio el período presidencial el doctor Cesar Augusto Gaviria Trujillo hasta el gobierno del doctor Juan Manuel Santos, advirtiéndole que pretendo resatar los decretos legislativos que han adoptado medidas violatorias de derechos humanos, no solo a la luz del ordenamiento jurídico nacional, sino también en el ámbito internacional de los sistemas de protección de los derechos humanos, lo cual es objeto central del tema de investigación, por esta razón he decidido no excederme en el análisis normativo de los decretos legislativos declaratorios, de desarrollo y de prorrogas que se han adoptado en Colombia, desde el año 1991 hasta el año 2015, lo cual fue el foco principal de mi atención al iniciar mi investigación, pero a través del tiempo, y en la medida en que profundice sobre el tema, me di cuenta del papel exitoso y brillante que ha tenido la Corte Constitucional, al ejercer el control jurídico por medio *del test de proporcionalidad en sentido estricto*, declarando la mayor parte de los decretos inexecutable, por tal motivo, he omitido el análisis profundo y completo de las normas y de las sentencias, sistematizando toda la información en tablas que aparecen al final de la tesis como anexos, y que podrán brindar al lector de una manera más clara una visión general del desuso de la figura de los estados de excepción en Colombia, resaltando que de manera particular el estado de conmoción interior no se declara desde el año 2002. Ultimamente se ha declarado el estado de emergencia por las grandes crisis ecológicas que ha enfrentado el país, a raíz de los fenómenos naturales conocidos como “El Niño” y “La Niña”. En consecuencia me limitare a abordar el tema enfocando los derechos que han sido suspendidos, limitados o restringidos.

En primer lugar durante el período presidencial del doctor Cesar Augusto Gaviria Trujillo (1991-1994) se dictaron tres estados de excepción de conmoción interior, estos son: Decreto Legislativo 1155/1992, Decreto Legislativo 1793/1992, y Decreto

Legislativo 0874/1994⁸²⁰. En efecto, en aquella época, continuando con la vieja tradición del estado de sitio, el Ejecutivo quería hechar mano del estado de excepción, aunque se hubiese dado un giro en la regulación de los mismos a partir de la Carta de 1991.

La primera declaratoria del estado de conmoción interior a la luz de la Constitución de 1991, se dio mediante Decreto Legislativo 1155/1992, con el objeto de impedir que personas sindicadas de delitos graves – terrorismo, secuestro, subversión etc. –cuya investigación y juzgamiento estaba a cargo de los fiscales y jueces regionales –antigua jurisdicción de orden público–, fueran puestos en libertad al ser resueltos los recursos de hábeas corpus y las peticiones de libertad interpuestos. En la sentencia C-256/1992 la Corte declaró exequible esta declaratoria de conmoción interior, considerando que: “...Las referencias desestabilizadoras del orden público consideradas en la parte motiva del decreto, no dejan duda sobre su existencia ni sobre la racional apreciación hecha sobre las mismas por el Gobierno para declarar el estado de conmoción interior”⁸²¹. No tuvo en cuenta la Corte Constitucional, que en sus considerandos el Decreto 1155/1992 hace alusión a las garantías procesales de los sindicados de los delitos de narcotráfico, terrorismo y magnicidio, y sus nexos con las garantías procesales judiciales, las cuales constituyen derechos fundamentales que no pueden ser sujeto de la suspensión de derechos ni siquiera por la alteración del orden público.

Por lo anterior y con el fin de adoptar medidas extraordinarias para conjurar las causas de la perturbación del orden público e impedir la extensión de sus efectos, el Decreto Legislativo 1155/1992 fue desarrollado por el Decreto 1156/1992, el cual además prorrogó la vigencia del Decreto 1156/1992 por noventa días. Pero lo más importante del *Decreto de desarrollo 1156/1992*, son las medidas tomadas por el Ejecutivo, en relación a los delitos de competencia de los jueces regionales y del Tribunal nacional. En su artículo 3° textualmente prescribe: “En los delitos de competencia de los jueces regionales y del Tribunal nacional *no procederá la acción de "Hábeas Corpus"*, por causales previstas para obtener la libertad provisional, las cuales deben alegarse dentro del proceso respectivo. Tampoco procederá para efecto de revisar

⁸²⁰ Ver Tabla 4. Declaratorias de conmoción interior gobierno Gaviria: 1990-1994. p.

⁸²¹ Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-556 de 1992, Op. Cit.

la legalidad de las providencias que hubieren decidido sobre la privación de la libertad” (cursiva fuera del texto).

Este decreto fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-257/1992⁸²², a pesar de que el hábeas corpus es un derecho fundamental intangible, conforme al artículo 4° de la Ley Estatutaria 137 de 1994⁸²³, por lo que sin lugar a duda su suspensión resulta prohibida no solo dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino también a la luz del ordenamiento internacional, en el cual, el hábeas corpus es una garantía judicial que hace parte del núcleo duro de derechos humanos y que por lo tanto de ninguna manera puede ser suspendida durante los estados de excepción⁸²⁴.

Y es que tal como lo manifestaron los Magistrados que se apartaron de la decisión tomada por la Corte en su salvamento de voto⁸²⁵, la restricción al ejercicio del hábeas corpus implica, en sí misma, una limitación a otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, tales como: Art. 13 Derecho a la igualdad; Art. 28 Derecho a la libertad; Art. 29 Derecho al debido proceso, entre otros. Así mismo, es importante resaltar que la Opinión Consultiva 08/1987⁸²⁶ emitida por la Corte Interamericana representa un avance muy importante en materia de protección derechos humanos durante los estados de excepción, pues advierte que los procedimientos y las garantías judiciales de protección de los ciudadanos, como el amparo y el hábeas

⁸²² En la referida sentencia la Corte Dijo: “...Es importante resaltar entonces que el origen del hábeas corpus fue el de impedir las privaciones arbitrarias de la libertad, colocando en manos de los jueces la decisión sobre esta materia. En ningún caso, el hábeas corpus fue concebido para perturbar el funcionamiento de la administración de justicia, colocando en tela de juicio las providencias de los mismos jueces en desarrollo de sus facultades legales y constitucionales (...) Para efectos de controvertir las providencias de los jueces, la legislación procesal ha establecido y desarrollado a lo largo de la historia, recursos especiales que se encuentran a disposición del interesado”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992, Op. Cit

⁸²³ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, artículo 4: “*Derechos Intangibles*. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles(...) el derecho al Hábeas corpus. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos...”

⁸²⁴ Ver Núcleo Duro de Derechos Humanos PIDCP artículo 4, y CADH artículo 27, p. 418.

⁸²⁵ Ver Salvamento de voto. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992, Op. Cit

⁸²⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 08/87: “el Habeas Corpus bajo suspensión de garantías”, 30 de enero de 1987.

corpus, deben ser considerados en todo momento y bajo toda circunstancia de tiempo y lugar, como garantías judiciales no susceptibles de suspensión temporal, es decir, como garantías intangibles o inderogables. Los cuales, además de cumplir con la función de tutela de ciertos derechos humanos inderogables, cumplen con la importante función de controlar la legalidad y el Estado de derecho durante los estados de excepción.

En la Opinión Consultiva 09/1987⁸²⁷, la Corte Interamericana fue más radical, pues sostuvo que tampoco se puede derogar en estados de excepción cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes destinados a garantizar los derechos o libertades cuya suspensión no está autorizada por la Convención americana. Tampoco se pueden suspender los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática de gobierno previstos en el derecho interno para garantizar la plenitud de los derechos no suspenderles, cuya limitación o suspensión comporta la indefensión de tales derechos; esto cobija a la acción de tutela de Colombia, como también los lineamientos esenciales del debido proceso y del derecho de defensa.

Así mismo, mediante Decreto legislativo 1793 de 1992, el Gobierno Gaviria decretó por segunda vez, el estado de conmoción interior al verificar una agravación significativa de las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada. La Corte Constitucional en sentencia C-031 de 1993⁸²⁸ declaró la *exequibilidad* de la norma, al considerar que su posición de fuerza material y de poderío económico, no era compatible con el régimen constitucional, como quiera que solo el Estado está autorizado para detentar el monopolio de la fuerza. No tuvo en cuenta la Corte que la existencia de las organizaciones subversivas armadas, se registra en el país desde hace más de cuarenta años, lo cual significa que en esta oportunidad la entidad no realizó un juicio de constitucionalidad adecuado, porque no existió un presupuesto fáctico de orden sobreviniente, súbito, coyuntural y transitorio, que permitiera declarar la exequibilidad de este decreto.

⁸²⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 09/87: “Garantías judiciales en Estados de emergencia”, 6 de octubre de 1987.

⁸²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031 del 1 de febrero de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Además, el Decreto 1941/1992 reglamentario del citado Decreto 1793/1993, al otorgarle facultades transitorias a los jueces penales y promiscuos municipales para el conocimiento de delitos, en los lugares donde no existan Unidades de la Fiscalía, con el fin de impartir justicia y evitar la impunidad, también vulneró el debido proceso y la garantía procesal de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo. No obstante, el *Decreto L. 1941* fue declarado *exequible* por la Corte Constitucional en la sentencia C-059/1993⁸²⁹.

En resumen, en el Gobierno de Gaviria, primer Gobierno tras la Constitución de 1991, se continúan suspendiendo derechos fundamentales de los ciudadanos, como el hábeas corpus, el debido proceso y las garantías procesales judiciales. Sin que el control jurídico, por parte de la Corte, ni el jurídico por parte del Congreso, le pusieran un freno al Ejecutivo. En efecto, el estudio de las primeras declaraciones de estados de excepción proferidas en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, muestra que la Corte invoca teóricamente un control material riguroso de la declaratoria, pero no lo aplica a los casos estudiados. Por ello, en los primeros dos años, el nuevo control “material” fue esencialmente “retórico”. Afirma Uprimny que es posible concluir que esos primeros pasos de la Corte Constitucional —muy osada teóricamente, pero más tímida y vacilante en la decisión concreta— terminaron provocando un consenso ambiguo, por lo tanto, impidieron que se generara una resistencia con respecto al cambio jurisprudencial radical que debía llevar la Corte⁸³⁰.

La anterior situación muestra la ambigüedad del control judicial en general y del control constitucional de las medidas de emergencia, en particular. La intervención

⁸²⁹ En la sentencia C-059 de 1993, la Corte dijo que la norma no era inexecutable por las siguientes razones: “Primero, porque en la norma revisada no se autoriza a los jueces penales municipales y promiscuos para calificar el mérito del sumario, esto es, no se autoriza “acusar” (...); segundo, porque si bien se autoriza incluso para resolver la situación jurídica del procesado, ello es en beneficio de éste, pues de lo contrario se violaría el derecho constitucional fundamental a la libertad, al debido proceso y al hábeas corpus, ya que una vez aprehendida e indagada una persona, la ausencia de fiscal en el sitio de ocurrencia de los hechos, no puede ser causa de una prolongación indebida de la libertad, más allá del término previsto por la ley para el efecto (en estos casos 20 días, según el inciso final del artículo 387 del código de procedimiento penal), de suerte que si el juez promiscuo o penal municipal entra a definir la situación del indagado, ello antes que ser mirado como una usurpación de las funciones de la Fiscalía debe ser tenido en cuenta como la garantía de la libertad del procesado, en la medida en que realiza el principio de la presunción de inocencia. Es por eso justamente que la Corte se inclina por esta interpretación...”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-059 del 23 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁸³⁰ GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, Op. Cit., p. 1-33.

judicial en estas áreas puede ser tanto un efectivo instrumento de control, como un simple mecanismo de legitimación de decisiones de facto de los gobiernos. Por esto, algunos estudiosos fueron muy críticos con las decisiones de la Corte en esos primeros años⁸³¹.

En ese sentido, Ariza y Barreto⁸³² argumentan que el control retórico aumentó el prestigio de la Corte sin traducirse realmente en una limitación efectiva del uso de los poderes de emergencia. Más aún, según estos autores, esa forma de intervención judicial refuerza los poderes de emergencia, porque la retórica del control material legitima el uso de dichos poderes excepcionales, sin restringir las facultades gubernamentales en la práctica.

En los años siguientes, la tensión entre el control judicial efectivo y la legitimación retórica se incrementó y el consenso ambiguo se rompió, debido a que la Corte Constitucional decidió ejercer un control material más efectivo y riguroso sobre los decretos declaratorios de los estados de excepción. De hecho, en los siguientes dos años, la Corte anuló dos declaraciones de estados de conmoción interior, una dictada por el presidente Gaviria (Decreto 874/1994)⁸³³ y la otra por el presidente Ernesto Samper (Decreto 1370/1995)⁸³⁴.

Es importante subrayar que las razones presentadas por el Gobierno para justificar esas declaratorias fueron semejantes a aquéllas aducidas en las dos declaraciones de 1992, las cuales fueron avaladas por la Corte. Así, el Decreto 115 de 1992, declarado constitucional por la sentencia C-556 de 1992⁸³⁵, hablaba de los riesgos de una liberación masiva de prisioneros peligrosos. El mismo hecho fue invocado por el Decreto 874 de 1994 que, no obstante, fue anulado por la sentencia C- 300 de 1994. Igualmente, el Decreto 1793 de 1992 justificó la declaración de un estado de conmoción interior con la existencia de ataques guerrilleros y con un incremento general de la

⁸³¹ *Ibíd.*, p. 31.

⁸³² ARIZA y BARRETO, *Op. Cit.*, p. 137-171. Citado por GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, *Op. Cit.*, p. 1-33.

⁸³³ Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-300 del 1 de julio de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-466 del 18 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁸³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 556 del 15 de octubre de 1992, Sin ponente expresó.

violencia. La sentencia C-031 de 1993⁸³⁶ aceptó esta justificación, pero una motivación semejante fue rechazada por la sentencia C-466 de 1995, que declaró inexecutable el Decreto 1370 de 1995⁸³⁷.

Algunos críticos cuestionaron a la Corte, por cuanto vieron una seria inconsistencia jurisprudencial. La propia Corte y sus defensores justificaron esa evolución basándose en dos argumentos básicos: (i) que los hechos no eran realmente los mismos y (ii) que 1992 era aún un año de transición — pues la nueva Constitución había sido promulgada en 1991— y que ese hecho debía ser tomado en consideración en el análisis de los poderes de emergencia⁸³⁸.

De manera similar, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-466 de 1995 declaró inconstitucional el Decreto 1370 de 1995, que había sido decretado por el gobierno Samper⁸³⁹, debido al incremento general de la violencia, la criminalidad y los ataques guerrilleros; luego, unas dos semanas más tarde, debido al asesinato de Álvaro Gómez Hurtado —candidato presidencial y muy conocido líder de la élite política colombiana—, el Gobierno mediante Decreto 1900 de 1995 declaró nuevamente la conmoción interior e invocó razones semejantes a aquellas aducidas en el Decreto 1370 de 1995. Pero en este caso la sentencia C-027 de 1996 estableció que la declaratoria de conmoción interior era en parte constitucional y en parte nula. La Corte dijo que los hechos aducidos en el Decreto 1370 de 1995 y reproducidos por la nueva declaración de estado de conmoción interior no justificaban un estado de excepción y anuló la declaración en ese aspecto. De esa manera, mantuvo alguna coherencia con su decisión previa. Sin embargo, la Corte aceptó que el asesinato de Gómez, junto con amenazas de otros atentados a líderes políticos, eran hechos nuevos lo suficientemente graves para justificar los poderes de emergencia⁸⁴⁰.

El Decreto 1900 de 1995 expedido durante el gobierno de Samper fue desarrollado por varios decretos, pero una de estas normas, el Decreto 1901/1995 en sus artículos 4°

⁸³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-031 del 1 de febrero de 1993, Op. Cit.

⁸³⁷ GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, Op. Cit., p. 1-33.

⁸³⁸ GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, Op. Cit., p. 1-33.

⁸³⁹ Ver Tabla 5. Declaratorias de conmoción interior gobierno Samper: 1994-1998.

⁸⁴⁰ En esa época según Uprimny, la Corte enfrentaba un dilema: si anulaba esta nueva declaración de conmoción interior, era muy probable que se adelantara una reforma constitucional para suprimir el control material ejercido por ella.

y 5° establece la inspección o registros domiciliarios para la búsqueda de pruebas judiciales y la captura de personas de manera preventiva y sin orden judicial. Sin duda, en este Decreto se puede observar cómo el Gobierno Nacional en uso de la conmoción interior restringe derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tales como: Derecho a la intimidad (Art. 15), Derecho a la libertad personal (artículo 28), Derecho a la no autoincriminación (artículo 33).

No obstante, y pese a que el decreto adoptaba medidas que vulneraban derechos fundamentales de los ciudadanos, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-067/96, en la cual la corporación expresa que la norma transcrita no vulnera la Constitución, porque esta norma reproduce en esencia lo previsto en la LEEE. En efecto, *la Ley Estatutaria 137 de 1994, sobre los estados de excepción, en su artículo 38, lit. N°⁸⁴¹*, prevé que la inspección domiciliaria debe estar precedida de orden judicial escrita, a menos que, nos encontremos en un caso de urgencia insuperable y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, ante lo cual, dicha orden, se podrá comunicar verbalmente. Además, señala la Corte que en concordancia con lo expuesto en la sentencia C-179/94⁸⁴², aun cuando el *artículo. 28 de la Constitución* consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la posibilidad de su inspección o registro es cuestión que pertenece a la reserva legal...⁸⁴³.

Por consiguiente, para Barreto Rozo⁸⁴⁴ en el caso colombiano existe una doble sinergia de lo democrático maleable e impreciso acogiendo la lógica de la excepcionalidad mientras la misma a su vez logra enmarcarse exitosamente dentro de los límites democráticos, puede constatarse en el modo como la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en su artículo 38 literal f permitió que el Poder Ejecutivo, una vez declarado el estado de conmoción interior, realice capturas comunicando verbalmente “la autorización judicial previamente escrita” cuando “existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e

⁸⁴¹ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 38, Literal N): Disponer con orden de autoridad judicial competente, inspecciones o registros domiciliarios con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la Comisión de delitos

⁸⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia No. C-179 del 13 de Abril de 1994, Op. Cit.

⁸⁴³ Colombia, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-067 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁴⁴ BARRETO ROZO, Op. Cit.

inminente peligro”. Pero no tuvo en cuenta la Corte Constitucional, que ella misma expresó su temor por las arbitrariedades a las que podría conducir la captura de personas mediante simple comunicación verbal, sin tener que exhibir la orden judicial que debe quedar escrita con antelación, aclaró que se trataba de un asunto de “mera conveniencia” y por tanto declaró la medida como ajustada a la Constitución⁸⁴⁵.

Por lo anterior, la intención de la Corte de que esta medida de excepción (i.e. la captura mediante comunicación verbal) quede enmarcada dentro de lo democrático aquí parece ser doble: por una parte, la misma se impone mediante una ley estatutaria, y por la otra, su justificación busca encajarla dentro de los parámetros establecidos por el documento democrático de mayor jerarquía (la Constitución) que exige en su artículo 28 que toda captura sea realizada a través de “mandamiento escrito de autoridad judicial competente”. Así, la Corte, aun cuando esté avalando la captura mediante comunicación verbal en tiempos de emergencia –caso en donde no se requiere mostrarle la orden judicial previamente escrita al implicado en el momento de la captura– se apresura en aclarar que “la exigencia del mandamiento ‘escrito’ de autoridad judicial competente en ningún momento la norma lo ha abolido y, por el contrario, es requisito sine qua non para llevar a efecto la aprehensión de personas”⁸⁴⁶. Por ello, para Barreta Rozo: “–y este es el segundo movimiento de la sinergia arriba señalada– se encuentra el funcionamiento de una democracia maleable e imprecisa por cuyos canales se permite que siga intacto el mandato constitucional de que las capturas se deben realizar mediante autorización judicial previamente escrita, así en tiempos de emergencia solo se exija su comunicación verbal al momento de la captura”⁸⁴⁷.

De esta forma, la Corte, al interpretar con posterioridad su propia jurisprudencia sobre la sentencia C-179 de 1994, en la cual realiza el control constitucional de la Ley 137 de 1994, Ley Estatutaria de los Estados de Excepción ⁸⁴⁸, ya no encuentra fricción

⁸⁴⁵ Sostuvo el Alto Tribunal: “Para la Corte no es extraño que, dadas las arbitrariedades o situaciones anómalas que en épocas anteriores se presentaron, por parte de algunas autoridades que tenían a su cargo la ejecución de las órdenes de detención, exista cierto temor y por tanto se considere inconveniente la comunicación verbal, pero ello no acarrea vicio alguno de inconstitucionalidad, pues se trata de una situación de mera conveniencia”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia No. C-179 de 1994, Op. Cit.

⁸⁴⁶ *Ibíd.*

⁸⁴⁷ BARRETO ROZO, Op. Cit., p. 1-23.

⁸⁴⁸ En Colombia las leyes estatutarias se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes ordinarias, dada las materias particularmente sensibles que regulan, como en este caso la restricción de las libertades

alguna entre la exigencia de la notificación escrita y la comunicación verbal para proceder a la captura, ni tampoco expresa, como antes, temor por las arbitrariedades que ello puede generar. La Corte lacónicamente solo dictamina: “En la referida sentencia [la C-179/94] se expresó, que la exigencia de la previa orden judicial escrita, no se opone a la circunstancia de que ésta sea notificada o comunicada en forma verbal”⁸⁴⁹. Entre tanto la espiral de detenciones arbitrarias continúa siendo un factor preocupante de la convulsionada realidad colombiana⁸⁵⁰.

Así mismo, el derecho a la libertad de circulación, fue vulnerado durante el Gobierno Samper con la creación de las zonas especiales de orden público, donde la fuerza pública se encuentra facultada para restringir el derecho de circulación y residencia en las zonas de orden público, para recoger, verificar y registrar información de todo habitante de dichas zonas. En efecto, el artículo 3 del Decreto 0717/96, establece:

ARTÍCULO 3o. Restríngese el derecho de circulación y residencia en las zonas especiales de orden público a que se refiere el presente Decreto. La restricción consiste en la limitación o prohibición del ejercicio de tal derecho mediante medidas como toque de queda, retenes militares, indicativos especiales para la movilización, salvoconductos, inscripción en la Alcaldía, comunicación anticipada a ésta de desplazamiento fuera de la cabecera municipal. En tal virtud, el Gobernador o los Gobernadores correspondientes podrán dentro del territorio de su jurisdicción adoptar directamente o a solicitud del Comandante Militar que ejerza el control operacional en la zona la medida adecuada a las condiciones especiales de

públicas en tiempos de excepción. Pero como toda ley, a su vez se encuentran sujetas a los postulados de la Constitución.

⁸⁴⁹ Rompiendo con este precedente sentado también por el Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell en la Sentencia C-067 del 22 de Febrero de 1996, en la sentencia C-1024/2002 el Magistrado ponente Alfredo Beltrán declaró inconstitucional “la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita” para proceder a realizar capturas en tiempos de excepción, debido a que el Decreto Legislativo de excepción bajo examen no señaló “expresamente las autoridades a quienes se atribuye la función, ni cuándo sería procedente ejercerla, ni cómo, ni con cuál procedimiento, ni cuáles las garantías para los posibles afectados”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 1024 del 26 de noviembre de 2002. Op. Cit.

⁸⁵⁰ En abril de 2003 el diario EL TIEMPO reportó que “según el Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Polítika del CINEP y de Justicia y Paz, entre el primero de enero y el 31 de diciembre del 2002 se registraron un total de 2.303 detenciones arbitrarias. De estas, 2.131 habrían sido cometidas por organismos de seguridad y otras autoridades estatales.” (ELTIEMPO.COM Abril 2003) La revista SEMANA, por su parte, denunció que el gobierno Uribe “ha respaldado capturas masivas de sospechosos. Tanto es así que en una tarjeta plastificada con los puntos clave de la seguridad democrática, que el gobierno reparte a diestra y siniestra, figuran las capturas masivas como una estrategia de seguridad (...) Estas capturas no sólo se han prestado para abusos a ciudadanos inocentes, sino que les han restado apoyo de la población civil a las Fuerzas Militares, una condición esencial para legitimar el Estado democrático en los territorios antes dominados por las guerrillas.” (SEMANA.COM Agosto 2004).

su territorio, señalando las áreas geográficas, lugares, períodos de duración y vías de comunicación en que se aplicarán tales medidas.

Al respecto, cabe preguntarse cuál es el alcance del artículo 38 Lit. A, de la mencionada Ley 137/1994, LEEE, frente al artículo 3 del Decreto 0717/1995, pues el artículo de forma expresa determina que, el Gobierno tendrá a la facultad de restringir, *sin que se afecte su “núcleo esencial”*, el derecho de circulación y residencia. En tal virtud *podrá limitarse o prohibirse* genéricamente la circulación o, permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados; puede el gobierno Samper suspender la circulación y residencia, en las zonas especiales de orden público, con miras al restablecimiento del orden público. Allí se encuentra el límite que impone el contenido esencial o núcleo esencial al Gobierno Nacional para suspender, restringir o limitar el derecho a la libertad de circulación.

Se observa entonces, que existe una contradicción en el artículo 38, Literal a) de la LEEE, pues se establece que el derecho a la circulación podrá restringirse, sin que se afecte su *“núcleo esencial”*, pero al mismo tiempo determina expresamente la facultad de prohibirlo “genéricamente”. Evidentemente, no es posible determinar con precisión cuándo un derecho se puede “prohibir genéricamente”, esto es un concepto indeterminado, que le permite al Gobierno nacional suspender el derecho de circulación durante los estados de excepción. Olvidan la Corte y la misma Ley 137 de 1994⁸⁵¹ que la Carta Constitucional, en su artículo 214 No. 2, prohíbe la suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción.

Durante el período de Andrés Pastrana Arango (1998-2002), el país se encontraba a punto de colapsar en aspectos como lo social y económico, entre otros. Es importante resaltar las intenciones del Presidente para promover la paz en Colombia. Pero sus diálogos de paz con las FARC fracasaron, entre otras circunstancias, porque las negociaciones se dieron otorgándoles garantías muy favorables a un grupo armado que en aquella oportunidad solo buscaba fortalecerse económica y armadamente, y su intención de hacer paz no estaba totalmente clara.

⁸⁵¹ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994. Ver artículos 28 y 38 sobre las limitaciones a la libertad de circulación y residencia.

El presidente Andrés Pastrana, en aras de lograr la paz con las FARC permitió que los grupos armados tomaran el control en ciertas zonas. Se creó la “*Zona de Distensión*” en los municipios de *San Vicente del Caguán* y *Mesetas* en el departamento del Caquetá; *La Uribe*, *La Macarena* y *Vista Hermosa* del departamento del Meta, lo cual condujo a la ausencia del Estado en un territorio que se vio azotado por el incremento de la violencia y de la inseguridad, existiendo gran número de desplazados y crímenes a la sociedad por causa los grupos armados al margen de la ley, sin pormenorizar en las violaciones de los derechos humanos y de las libertades públicas, que se encontraron en la “*Ley de la Selva*”.

No obstante, a pesar de la gravedad de la situación de orden público, el gobierno de Andrés Pastrana no declaró el estado de conmoción interior, sino que, se hicieron dos declaratorias del Estado de emergencia social mediante los Decretos 2330/1998 y 195/1999, los cuales serán analizados en los Estados de emergencia.

Finalmente, durante el período de gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010)⁸⁵² se desarrolló una estrategia tendiente a instituir una política de Estado en el marco de la excepción, sustitutiva esta de la Constitución, la misma se afianzó en la existencia de una amenaza terrorista, inacabada, de la cual el Estado “*se debería de enfrentar con toda firmeza*”. Como respuesta a tal circunstancia se declaró el estado de conmoción interior, con el fin de brindarle facultades al Ejecutivo para responder a tal amenaza. Se crearon impuestos, normas y zonas territoriales, denominadas “*zonas de rehabilitación y consolidación*”, existentes en la actualidad pero que no han cumplido su real objetivo, enervar o conjurar la amenaza terrorista, habida cuenta de que las fuerzas al margen de la Ley se han sabido adaptar a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, al mismo tiempo que desarrollaron una nueva estrategia, atomizando su capacidad militar y rehabilitando sus redes urbanas.

La política de seguridad democrática, adoptó la lógica de la lucha contra el terrorismo, iniciada el 11 de septiembre de 2001, la cual tiene una característica esencial, consistente en desconocer el principio de distinción de las normas del derecho internacional humanitario, pues las medidas que se adoptan desconocen o no distinguen

⁸⁵² Ver Tabla 6. Declaratorias de conmoción interior gobierno Uribe: 2002-2010.

entre los actores armados y civiles. Para el Gobierno de la época, las libertades y los derechos, independiente de que fueran fundamentales, podían ser limitados o suspendidos. La excusa siempre fue “*la lucha contra el terrorismo*”.

Por ello, en la “Zona de Distensión” que había sido creada en el sur del país durante el gobierno de Pastrana (1998-2002), el presidente Uribe Vélez a través de la llamada “*Operación Tánatos*”, ordenó al ejército recuperar el territorio la “*Zona de Distensión*” en los municipios de San Vicente del Caguán en el departamento del Caquetá y Mesetas, La Uribe, La Macarena y Vista Hermosa del departamento del Meta, además, en la Ley 684 de 2001, Ley de seguridad y defensa nacional⁸⁵³, ordenó crear teatros operacionales en dicha zona.

No obstante, esta ley fue declarada inconstitucional en la sentencia C-251 del 11 de abril de 2002⁸⁵⁴, pues la Corte consideró que no se pueden crear teatros operacionales durante los estados de excepción y tampoco puede darse la supremacía militar frente a los civiles, violando además, derechos fundamentales y tratados de derechos humanos. En todo caso, la Ley sobre seguridad nacional, que pretendía ser una norma de carácter permanente, incluía restricciones a las libertades, los derechos y al orden democrático, que aún en períodos determinados como de excepción se encuentran proscritos.

En consecuencia, las acciones del gobierno Uribe, en su gran mayoría, estuvieron direccionadas a la desarticulación de las redes urbanas de los grupos armados ilegales (FARC, ELN). Estas acciones muchas veces se llevaron a cabo a cambio de prebendas y recompensas a militares, tal como lo demuestra la Directiva 029 de 2005⁸⁵⁵, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, en aras a que éstos entregarán resultados “*positivos*” en cuanto a las tareas de identificación, individualización y desarticulación (extirpación)

⁸⁵³ Colombia. Ley 684 de 2001 (Junio 2) por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones.

⁸⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 del 11 de Abril de 2002, Op. Cit

⁸⁵⁵ La directiva ministerial permanente 029 de 2005 expedida el 17 de noviembre de 2005 por el entonces ministro de Defensa Camilo Ospina en la cual se fijaron criterios para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de las organizaciones armadas. al margen de la ley, material de guerra, intendencia o comunicaciones e información sobre actividades relacionadas con el narcotráfico y pago de información que sirva de fundamento para la continuación de labores de inteligencia y posterior planeamiento de operaciones.

de factores y elementos terroristas, no obstante, los civiles fueron los botines de guerra⁸⁵⁶.

El vacío de poder y del Estado era notorio, sembrando la desconfianza en la población, en especial de aquella que se vio imbuida en las zonas de rehabilitación y consolidación, ya que las mismas zonas, dado el importante despliegue militar, el territorio determinado se convertía en un teatro de operaciones, en el cual, todos los componentes militares, insurgentes y en especial los civiles estarían en conflicto.

En resumen, el presidente Álvaro Uribe (2002-2006) no solo declaró y mantuvo un estado de conmoción interior durante casi un año, sino que, además planteó en varias ocasiones la necesidad de una reforma constitucional que eliminara el control material ejercido por la Corte. Por su parte, la Corte, luego del cambio de la mayor parte de sus integrantes por vencimiento de su período constitucional, ha consolidado su defensa del control material, aunque ha restringido un poco su alcance. Así, en la sentencia C -802 de 2002, que avaló la declaración de estado de conmoción interior de Uribe, todos los magistrados se adhirieron a la tesis del control material, aunque plantearon un estándar normativo menos estricto⁸⁵⁷.

Finalmente, cabe resaltar que desde el año 2010, fecha en la cual se inició el primer mandato presidencial de Juan Manuel Santos Calderón, hasta hoy, no se ha hecho uso del estado de conmoción interior, lo cual evidencia que la última declaratoria del estado de conmoción interior se dio en el año 2002, mediante el Decreto 1837/2002 durante el período presidencial de Álvaro Uribe Veléz, evidenciando el triunfo que ha tenido el control jurídico realizado por la Corte Constitucional a los Decretos Legislativos. El Ejecutivo en la actualidad no hecha mano de la figura del estado de excepción, porque

⁸⁵⁶ En la Región del Magdalena Medio, el Observatorio de Paz Integral OPI, Organizaciones Sociales y defensoras de Derechos Humanos, han venido denunciando estos casos por más de 10 años, observando un importante incremento entre enero de 2006 a diciembre de 2008. En este período se desarrollaron operaciones militares en las que el gobierno buscaba la “retoma del territorio” ocupado por los grupos paramilitares en proceso de desmovilización. Durante el mismo período, se registró el aumento de amenazas colectivas e individuales, desplazamientos, utilización de civiles como escudos humanos, pillaje, destrucción de bienes civiles, detenciones arbitrarias y las temibles ejecuciones extrajudiciales por cuenta del Ejército Nacional. Entre enero de 2006 y diciembre de 2008 el OPI ha registrado 165 casos de violación de DDHH por cuenta del Ejército Nacional y 47 ejecuciones a civiles presentados como combatientes... [En línea]. <Disponible en: http://www.opi.org.co/pdfs/Falsos_positivos_magdalena_medio.pdf. [Consulta: 16 Oct., 2013].

⁸⁵⁷ GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, Op. Cit., p. 1-33.

tiene sabido que cualquier medida que tome utilizando el estado de excepción que pueda poner en riesgo los derechos de los ciudadanos, será sometida a un juicio de proporcionalidad estricto, y es difícil que pase, puesto que la facultad de imponer limitaciones a los derechos fundamentales, solamente la tiene Congreso, como representante del pueblo, solo así se garantiza el principio democrático.

4. DECLARATORIAS DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA: 1991-2015

Con respecto al estado de emergencia en Colombia desde que se expidió la Constitución de 1991 hasta el año 2015, iniciare el análisis con el período *Período de Cesar Augusto Gaviria Trujillo (1990-1994)*, quien declaró el estado de emergencia por causas económicas, sociales, ecológicas o grave calamidad pública en tres ocasiones mediante los siguientes decretos: Decreto Legislativo 0333/1992, Decreto Legislativo 0680/1992 y Decreto Legislativo 1178/1994, los cuales serán analizados a continuación⁸⁵⁸:

En su primera declaratoria mediante *Decreto 333 del 24 de febrero de 1992*, El Gobierno decretó el estado de emergencia en vista de una significativa perturbación del clima laboral en el sector oficial, originada en la falta de alza oportuna de salarios —la capacidad adquisitiva del salario se había deteriorado en promedio un 44%—, que igualmente se extendía a los miembros de la fuerza pública, no podía ser conjurada a través de los instrumentos ordinarios, porque la nueva Constitución exigía la expedición de una ley cuadro en materia de salarios públicos, y en un breve término no podía dictarse. En consecuencia, el Gobierno argumentó que el estado de emergencia era necesario para aumentar los salarios de estos servidores públicos.

En ese momento, la Corte en la sentencia C-004 de 1992⁸⁵⁹ declaró la constitucionalidad del decreto 333, al encontrar probada la existencia del hecho

⁸⁵⁸ Ver Tabla 7. Declaratorias de emergencia gobierno Gaviria: 1990-1994

⁸⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992, Op. Cit.

perturbador del orden social, a raíz de la ausencia de la ley cuadro en los salarios de la fuerza pública. Valga resaltar, que por primera vez en esta sentencia, la Corte Constitucional determinó que los decretos legislativos estarían sujetos no solo a un control formal, sino también a un control material, en virtud del cual la Corte tenía que verificar si la crisis era lo suficientemente grave como para justificar la adopción de un estado de emergencia.

La sentencia C-004 de 1992 defendió un control material bastante estricto de la declaración de un estado de excepción, pues (i) exigió que el Gobierno probara los hechos que invocaba, (ii) afirmó que éste tenía un margen de apreciación limitado para evaluar si esos hechos eran suficientemente graves para configurar una crisis y (iii) requirió que el Gobierno dejara en claro que los instrumentos ordinarios de gobierno no eran suficientes para superar la crisis. De este modo, la declaratoria resultaba inconstitucional si (i) los hechos no eran probados, (ii) la evaluación presidencial sobre su gravedad era errada o (iii) los instrumentos ordinarios de gobierno resultaban suficientes⁸⁶⁰.

Sin embargo, en esa sentencia, la Corte aplicó dicho estándar en forma benigna y declaró constitucional la declaratoria de emergencia social, a pesar de que —como lo señaló el magistrado Ciro Angarita en su salvamento de voto— no era claro que hubiera realmente una amenaza de huelga, tampoco que —de haber ocurrido— tal huelga hubiera generado realmente una crisis, y menos aún que el Gobierno careciera de instrumentos legales para enfrentar la situación, pues hubiera podido presentar una adición presupuestal para incrementar los salarios de estos empleados⁸⁶¹. En todo caso, acogiendo el salvamento de voto del magistrado Ciro Angarita, lo traemos a colación, mencionando sus propias palabras:

...los conflictos laborales, propios de la dinámica obrero-patronal de nuestro sistema económico capitalista, a partir de la vigencia de la Carta de 1991 se ubican exclusivamente en el amplio universo de la normalidad y deben solucionarse mediante instrumentos jurídicos ordinarios, como corresponde a su nueva y privilegiada naturaleza constitucional (...) El conflicto es la normalidad en la democracia. Solo la presencia de situaciones extraordinarias de enfrentamiento puede dar lugar a la declaratoria del

⁸⁶⁰ *Ibíd.*

⁸⁶¹ GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY, Op. Cit., pp. 1-33.

estado de excepción. Pero en tal caso, el correspondiente sería el estado de conmoción interior, si la gravedad de las circunstancias fuera verdaderamente excepcional⁸⁶².

En su segunda declaratoria de estado de emergencia social, mediante Decreto 680 del 23 de abril de 1992, El Gobierno de Cesar Gaviria decretó el estado de emergencia como consecuencia de la hidrología extremadamente seca, vinculada al fenómeno "el niño" que afectó severamente el nivel de los embalses e implicó una aguda reducción del suministro de energía. Al racionamiento se sumaban los problemas estructurales y operacionales de las empresas públicas del sector eléctrico.

La Corte declaró la *exequibilidad* del estado de emergencia mediante sentencia C-447 del 9 de junio de 1992⁸⁶³. En esta sentencia, una vez más, se expresa: "constituye un hecho sobreviniente, distinto de los previstos en los artículos 212 y 213 de la C.P., la aguda y grave escasez y el consiguiente racionamiento de un bien público esencial, de carácter no transable, cuya prolongación en el tiempo altera de manera significativa las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad y de la economía, pudiendo, de persistir, afectarlas hasta niveles críticos".

Además, en la sentencia se hace un planteamiento importante, en relación con las causas estructurales del hecho perturbador: "No cabe ciertamente aislar lo estructural de lo operacional, como quiera que un vicio estructural, al tornarse crónico – y no recibir el tratamiento debido – tiene la aptitud de manifestarse cuando ya deviene en crisis a través de múltiples problemas operativos".

Con relación a esta declaratoria, el magistradoCiro Angarita Barón señaló en su aclaración de voto, que en esta ocasión el estado de emergencia social se justifica por la diferencia que existe entre las dos declaraciones mencionadas decreto 333/1992 y 680/1992, por las siguientes razones:

...a diferencia del decreto 333 de 1992, de una crisis grave, para cuya solución se requiere de mecanismos excepcionales para facilitar la compra de equipos de generación eléctrica, la contratación de energía y la

⁸⁶² Ver Salvamento de Voto, MagistradoCiro Angarita Barón. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-447 del 9 de Julio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸⁶³ Ver Salvamento de Voto, MagistradoCiro Angarita Barón. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-447 del 9 de Julio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

terminación de obras; d) El fuerte verano de principios del año 1992 puede ser calificado como un hecho sobreviniente, en los términos del artículo 215 de la Constitución Nacional...⁸⁶⁴.

Conforme a lo anterior, es claro que en esta sentencia la Corte Constitucional ha hecho un control material de las causas de la emergencia energética adecuado al espíritu del artículo 215 y del Estado social de derecho, pues hubo una crisis social grave y los instrumentos ordinarios del Estado fueron insuficientes para superarla, por lo tanto, el estado de emergencia social se encuentra plenamente justificado por la naturaleza misma de la crisis.

La última declaratoria del presidente Gaviria fue el Estado de emergencia que declaró mediante Decreto 1178 del 9 de junio 1994, en razón de la grave calamidad pública derivada de la avalancha y desbordamiento del río Páez, que se presentó tras el sismo en cercanías del Municipio de Toribio (Cauca) el 6 de junio de 1994⁸⁶⁵.

La Corte Constitucional lo declaró exequible en la Sentencia C-366 de 1994⁸⁶⁶, en la cual realizó por primera vez el control de constitucionalidad de la declaratoria de un estado de emergencia por grave calamidad pública. En dicha jurisprudencia se analizó la declaratoria teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales, señalando que en la declaratoria se cumplía a cabalidad con ambos requisitos porque se puede comprobar que efectivamente se ha presentado un hecho sobreviniente, distinto de la guerra exterior y la conmoción interior, toda vez que los fenómenos naturales provocaron una calamidad pública, tal como lo demuestra no solo el elevado número de muertos, desaparecidos y afectados sino además la destrucción física de varias poblaciones que obligó al desplazamiento de una población considerable, en una región en donde la atención de las víctimas es compleja y difícil por su diversidad topográfica

⁸⁶⁴ Ver aclaración de voto del Magistrado Ciro Angarita Barón. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-447 del 9 de Julio de 1992, Op. Cit.

⁸⁶⁵ El Decreto establecía, entre otros aspectos, lo siguiente: “Que el día 6 de junio del presente año se produjo un sismo con epicentro en cercanías del municipio de Toribio en el Departamento del Cauca. Que como consecuencia del dicho sismo se produjeron graves desbordamientos de varios ríos y avalanchas en varios municipios de los Departamentos del Cauca y del Huila. Que estos hechos constituyen grave calamidad pública en esta zona del país. Que dada la magnitud de la calamidad pública a que se ha hecho referencia, el Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres es insuficiente para conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos”.

⁸⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-366 del 18 de Agosto de 1994. Op. Cit.

y étnica. Todo ello desbordó efectivamente la capacidad de atención ordinaria del sistema nacional para prevención y atención de desastres, por lo cual era adecuado adoptar medidas de excepción a fin de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos⁸⁶⁷.

El presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998), inició su período el 7 de Agosto de 1994, con un plan de gobierno que denominó “*El Salto Social*”, el cual tenía como objetivo primordial superar las desigualdades sociales, creadas como consecuencia de la apertura económica realizada en el gobierno de Gaviria Trujillo. No obstante, su período gubernamental se vio empañado por una serie de escándalos que reflejaron las relaciones tejidas que existían entre los carteles del narcotráfico y la clase política del país. En este período el Gobierno *solamente declara una vez el Estado de emergencia económica y social*⁸⁶⁸ mediante el Decreto 080 de 1997, a raíz de una serie de factores que consideraba detonantes de una crisis en la situación fiscal, cambiaria y de empleo, razones que permitían inferir la existencia de una grave y ostensible perturbación del orden económico y social y macroeconómica del país.

En la sentencia C-122 de 1997⁸⁶⁹ la Corte Constitucional declaró la *inexequibilidad del decreto*. En opinión del Alto Tribunal, se desconoce la filosofía que anima el régimen excepcional cuando se recurre sistemáticamente a su utilización con el fin de remediar o corregir males que a través de los órganos y los procedimientos de la normalidad pueden ser solucionados. Por ello, y frente al caso de la crisis económica, se insistió en que la Carta Política y diversos instrumentos legales contienen una serie de herramientas que le permiten al Gobierno y al Banco de la República desarrollar una gestión dirigida hacia el cumplimiento de los objetivos de la política económica y el control de las variables monetarias, cambiarias y crediticias⁸⁷⁰.

Durante el período Andrés Pastrana Arango (1998-2002), se declara el estado de emergencia económica y social en dos ocasiones⁸⁷¹, la primera mediante el Decreto Legislativo 2330 del 16 de Noviembre de 1998, debido al deterioro en la economía

⁸⁶⁷ *Ibíd.*

⁸⁶⁸ Ver Tabla 8. Declaratorias de emergencia gobierno Samper: 1994-1998

⁸⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997. Op. Cit.

⁸⁷⁰ *Ibíd.*

⁸⁷¹ Ver Tabla 9. Declaratorias de emergencia gobierno Pastrana: 1998-2002

colombiana, por una grave crisis financiera en los establecimientos de crédito, que amenazaba perturbar en forma grave e inminente el orden económico y social. Este decreto, es revisado por la Corte en la *sentencia C -122 de 1999*⁸⁷², en la que decide declarar la *exequibilidad parcial*, frente las medidas que tenían relación con las personas y sectores materialmente afectados con la crisis del sector financiero, ellos eran: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda UPAC; el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación y las instituciones financieras de carácter público⁸⁷³.

La segunda, mediante Decreto Legislativo 195 del 29 de enero de 1999, el gobierno de Gaviria, por segunda vez realizó una declaratoria de emergencia por grave calamidad pública, después de la ocurrencia del terremoto del Eje Cafetero que se presentó el 25 de enero de 1999. En este decreto se estableció que el ámbito territorial de la norma se limitaba a los municipios de los departamentos de Caldas, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca, quines fueron los principales afectados con la catástrofe natural⁸⁷⁴. En esta ocasión se analizó la constitucionalidad del Decreto en la Sentencia C-216 de 1999⁸⁷⁵, en la cual la Corte estableció la exequibilidad de la norma señalando que la *legitimidad* de la declaratoria de emergencia está condicionada a la ocurrencia de una situación de hecho que perturba o amenaza perturbar de manera grave, inminente o intempestiva, el orden económico, social y ecológico, o al suceso de una *calamidad pública*, es decir, *una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella*, resaltando que los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello, diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes

⁸⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-122 del 1 de marzo de 1999, Op. Cit.

⁸⁷³ En las demás medidas este artículo fue declarado inexecutable.

⁸⁷⁴ Estos municipios fueron el de Chinchiná, Armenia, Buenavista, Calarcá, Circasia, Córdoba, Filandia, La Tebaida, Montenegro, Pijao, Quimbaya, Salento en Quindío; Pereira, Dosquebradas, Santa Rosa de Cabal, Marsella en Risaralda; Cajamarca y Roncesvalles en Tolima; y Alcalá, Caicedonia, Obando, Ulloa, Sevilla, La Victoria, Argelia, Bolívar, Tulúa en el corregimiento de Barragán en el Valle del Cauca.

⁸⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-216 del 14 de abril de 1999. Op. Cit.

manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales⁸⁷⁶.

El presidente Álvaro Uribe Vélez estuvo durante dos períodos presidenciales, desde el año 2002 hasta el año 2010, durante los cuales declaró 4 veces la emergencia en el territorio colombiano, mediante los *decretos 4333 de 2008, 4704/2008, 4975/2009 y 2693 de 2010*⁸⁷⁷, los cuales serán analizados a continuación:

Mediante el *Decreto Legislativo 4333 de 2008* el Gobierno del presidente Uribe Vélez, declaró por primera vez el estado de emergencia económica social, debido a la proliferación en todo el país de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, las denominadas "*pirámides*", el 17 de noviembre de 2008 el Gobierno nacional por medio del decreto 4333/2008 declaró el estado de emergencia social, con la finalidad de adoptar las medidas necesarias para restituir a la población afectada, con los activos recuperados por las autoridades competentes. Entre estos mecanismos el Gobierno nacional creó los decretos 4336, 4449 y 4450 de 2008 que consagraron normas penales.

Por medio del *Decreto 4336 de 2008*, se modificó el Código Penal, en sus artículos 316⁸⁷⁸ y el 316 Numeral A⁸⁷⁹. El artículo primero amplió la descripción del tipo penal de captación masiva y habitual de dineros establecido en la legislación ordinaria, incrementó la pena de prisión y estableció una circunstancia de agravación punitiva. El artículo segundo creó un nuevo delito consistente en la omisión de reintegrar los dineros captados del público.

⁸⁷⁶ *Ibíd.*

⁸⁷⁷ Ver Tabla 10 Declaratorias de emergencia gobierno Uribe Vélez: 2002-2010

⁸⁷⁸ ...Artículo 1°. Modifícase el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: "Artículo 316. Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes(...)"

⁸⁷⁹ Artículo 2°. Adiciónese el artículo 316A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: "Artículo 316A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

La Corte Constitucional en la sentencia C-224 de 2009⁸⁸⁰, declaró *exequible* ambas normas tras examinar cada una de ellas a la luz de los principios de conexidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, condicionó su vigencia al término de un año a partir de su expedición de acuerdo con la temporalidad de las medidas penales en los estados de excepción.

En el análisis de *conexidad*, la Corte aseguró que existía una relación directa y específica entre las causas invocadas en el Decreto declarativo 4333 de 2008 y las medidas penales adoptadas en el Decreto 4336 de 2008, ya que en el primer acto era clara y expresa la referencia al tipo penal de captación masiva y habitual de dineros sin autorización legal; y en el segundo, se establecían medidas legislativas penales que buscaban conjurar la crisis social e impedir la extensión de los efectos. Además, opinó que los tipos penales previstos en el Decreto 4336 están encaminados a proteger el bien jurídico que el estado de excepción requiere tutelar, el orden económico social y están precisamente consagrados en el Título X del Código Penal, referido a los delitos contra el orden económico social.

En el análisis de *finalidad*, la Corte indicó que las medidas legislativas penales adoptadas respondían adecuadamente a las dimensiones que alcanzaba en esa época el fenómeno de la captación ilegal de recursos del público, al procurar neutralizar de manera próxima la prolongación de sus efectos en todo el territorio nacional.

En el análisis de *necesidad*, la Corte argumentó que la modificación del Código Penal resultaba una medida legislativa indispensable para enfrentar la crisis social, pues dado el grado de incidencia perjudicial que llegó a tener el fenómeno de la captación masiva para la sociedad, se hacía forzosa la imposición de sanciones más severas que además consultaran las nuevas modalidades criminales. Se observa que la Corte en realidad, lo que hace en este ítem, es analizar nuevamente el principio de finalidad, ya que examina si la medida es indispensable o no, nunca consulta el ordenamiento jurídico para verificar que no exista otra medida menos invasiva a los derechos fundamentales.

⁸⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-224 del 30 de marzo de 2009. Op. Cit.

En el análisis de la *proporcionalidad*, la Corte consideró que la modificación introducida al Código Penal no resultaba irrazonable, ni excesiva, ni desproporcionada frente a la gravedad de la situación generada por la captación ilegal de recursos del público en el territorio colombiano, en vista de que las limitaciones a los derechos impuestas a los sujetos activos de las conductas punibles guardaban una conexidad directa con las causas de la perturbación y se hacían necesarias: "...al estar en juego caros valores constitucionales para el ordenamiento jurídico colombiano como lo son el ahorro público, la confianza en el sistema financiero y la estabilidad macroeconómica del país. De ahí que guarde simetría con la gravedad de los hechos que se buscan conjurar"⁸⁸¹.

Cabe destacar la diferencia en la aplicación del *límite temporal de las normas penales en estados de conmoción interior y de emergencia*. Como vimos, en el estado de conmoción interior la Corte estableció y controló que la pena establecida en la norma penal de excepción no podía superar el máximo de la sanción prevista en la norma penal ordinaria, incluidos los agravantes consagrados en el Código Penal. Mientras tanto, en la mencionada sentencia C-224 de 2009⁸⁸², la Corte aprobó sin ningún tipo de control en cuanto a la cuantía de la pena la modificación del artículo 316 del Código Penal que contemplaba una pena de veinticuatro (24) a setenta y dos (72) meses de prisión, pasando en la normativa de excepción a una pena de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses de prisión. Sin examinar que esta pena pudo haber sido inocua en el evento en que el legislador ordinario no le hubiese dado el carácter de permanente, como sucedió mediante la Ley 1357 del 12 de noviembre de 2009.

Así mismo, el artículo 316A creó un nuevo tipo penal, contempló una pena mínima de noventa y seis (96) meses, superando la duración del estado de emergencia que no puede exceder de noventa (90) días en el año calendario. La Corte tampoco aplicó el límite establecido en los estados de conmoción cuando se establecen nuevas conductas como punibles, donde la pena imponible se debe cumplir durante el estado de excepción, en consecuencia la pena no puede superar la duración de este; sino que estableció un límite de duración de la norma de un año. Si bien consideró que en el

⁸⁸¹ *Ibíd.*

⁸⁸² *Ibíd.*

estado de emergencia se debían establecer límites temporales como en el estado de conmoción interior, también afirmó que el artículo 215 que consagra el estado de emergencia tiene unas características diferentes, de ahí la diferencia de un año de duración de la normativa penal en estados de emergencia.

Los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Nilson Pinilla Pinilla salvaron el voto por separado, pero a continuación se resenta un resumen de sus argumentos principales:

En primer lugar, La facultad de tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas solo está señalada para los estados de conmoción interior por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción ; entonces, no puede extenderse al estado de emergencia en cualquiera de sus modalidades -social, ecológica o económica-, ya que las facultades excepcionales en cabeza del Presidente deben ser regladas y tener un claro origen normativo, por lo tanto, no pueden ser aplicadas de manera analógica. En efecto, la atribución excepcional de configurar ilícitos penales puede resultar ajustada al estado de conmoción interior, el cual está previsto para enfrentar graves perturbaciones al orden público, pero no resulta necesaria ni proporcional para enfrentar las circunstancias de índole social, económica o ecológica que dan lugar a la declaratoria del estado de emergencia social.

En segundo lugar, la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (*reserva de ley en sentido material*). En consecuencia, la intervención del Ejecutivo en la definición de los ilícitos penales y de su sanción es excepcional, en nuestro ordenamiento solo está expresamente prevista bajo el estado de conmoción interior.

En tercer lugar, los decretos expedidos bajo los estados de emergencia tienen una vocación de permanencia, razón por la cual, las modificaciones introducidas al ordenamiento penal quedarían incorporadas de manera definitiva, en detrimento del principio de legalidad en materia penal.

Finalmente, bajo el mismo estado de emergencia, el Gobierno expidió el *Decreto 4450 del 28 de noviembre de 2008*, por el cual adicionó un inciso al tipo penal de

“usura” consagrado en *artículo 305 del Código Penal*⁸⁸³. Este Decreto fue declarado *inexequible* por la Corte Constitucional en la sentencia C-226 de 2009⁸⁸⁴, al establecer que esa medida tenía una relación de conexidad apenas eventual con las causas que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia, porque el crédito informal y la captación masiva ilegal son fenómenos distintos en su naturaleza que se desenvuelven en escenarios propios e independientes. La Corte reiteró que el Ejecutivo durante el estado de emergencia social está habilitado para expedir decretos creando o modificando tipos penales y que las medidas legislativas adoptadas tendrán vigencia de un año contados a partir de la vigencia del decreto, salvo que el Congreso les otorgue carácter permanente en ejercicio de su atribución constitucional.

Nuevamente los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, aclararon el voto separadamente, por cuanto si bien comparten la parte resolutive que declara la inexequibilidad del decreto, en lo concerniente a la parte motiva referida a la posibilidad de crear o modificar tipos penales durante la emergencia social, no comparten dicho criterio ya que ello es abiertamente inconstitucional, como lo sostuvieron en los salvamentos de voto de las sentencias C-224 de 2009 y C-225 de 2009. El magistrado Nilson Pinilla aclaró el voto en cuanto a que no comparte la vigencia temporal de un año que la Corte Constitucional estableció para los decretos legislativos en materia penal.

La segunda declaratoria de emergencia social se proclamó mediante *Decreto Legislativo 4704 del 15 de diciembre de 2008*, para declarar por 30 días más el estado de emergencia social decretado el día 17 de noviembre del 2008. No obstante, es menester advertir que el artículo 215 relativo a la declaratoria de estado de emergencia, consagra tan solo la posibilidad de que el Ejecutivo declare, *más no prorrogue el estado de emergencia por periodos de 30 días, que en ningún caso podrían exceder los 90 días*. Por lo tanto, al tenor del 215 el estado de emergencia no admite ser prorrogado,

⁸⁸³ Código Penal. ARTÍCULO 1. Adicionase el siguiente inciso al Artículo 305 de la Ley 599 de 2000: En caso de que cualquiera de las conductas a que se refiere el inciso primero de este artículo se efectúe utilizando la figura de la venta con Pacto de Retroventa o del mecanismo de *Cobros Periódicos* que se defina en el reglamento, se aumentará la pena de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis meses (126) y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁸⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-226 del 30 de marzo de 2009. Op. Cit.

razón por la cual el Gobierno debía motivar este decreto, el cual reitera la Corte no es un decreto de prórroga, sino declaratorio de emergencia, por lo que al no estar motivado, la referida corporación mediante sentencia 254 de 2009 lo declaró *inconstitucional*, expresando que la exigencia de motivación no es una mera formalidad, sino un requisito de orden sustancial, que permite a la Corte ejercer un control integral sobre los estados de excepción⁸⁸⁵.

En consecuencia, la motivación del decreto madre o declaratorio se trata de un significativo avance en la consagración constitucional del Estado de derecho, como quiera que establece un límite al ejercicio del poder público y a la discrecionalidad del Ejecutivo bajo los estados de excepción, en pro del reforzamiento de las garantías a los derechos fundamentales, porque permite conocer las razones que mueven al Gobierno Nacional para proceder a su declaración.

Por lo anterior, tanto el decreto madre, como los decretos de desarrollo emitidos con fundamento en esta segunda declaratoria de emergencia social, fueron declarados inexecutable por parte de la Corte Constitucional, quien consideró que los mismos *eran inconstitucionales* a partir del fenómeno de *inconstitucionalidad por consecuencia*, en razón de la inexecutable del decreto declarativo, o decreto madre⁸⁸⁶. Estos decretos reglamentarios fueron: 4705/2008, 044/2009 y 045/2009.

Pero quizás una de las medidas más controvertidas tomadas durante el Gobierno Uribe fue *el Decreto Legislativo 4975 del 23 de diciembre de 2009*, en el declaró la emergencia social en el sistema general de seguridad social debido a la grave crisis histórica y estructural que sufre desde hace varias décadas. En efecto, la falta de políticas serias de prevención, la iliquidez de recursos entre las entidades del sistema, la corrupción y la gran demanda de servicios en atención en salud que supera la oferta hospitalaria y médica, son solo algunos de las síntomas que refleja la nefasta estructura de aseguramiento.

⁸⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia 254 del 2 de abril del 2009. Op. Cit.

⁸⁸⁶ Como se dijo antes, la inconstitucionalidad por consecuencia, se ha definido como el fenómeno jurídico consistente en que cuando se declara la inconstitucionalidad de la norma que sirve de fundamento para la expedición de normas posteriores, deben estas últimas desaparecer del ordenamiento jurídico; por carecer de causa jurídica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que esta inconstitucionalidad, sólo sobreviene sobre las normas derivadas, siempre y cuando entre estas, y la norma principal cuando entre estas exista una relación de causa y efecto. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 12 de febrero del 2009. Op. Cit.

Si bien, este decreto en sus consideraciones asegura que la salud es un derecho fundamental, al haber sido así reconocido por la Corte Constitucional, las medidas que se adoptaron en él, desencadenaron el descontento social, y en el gremio de trabajadores del sector salud. Según el magistrado de la Corte Constitucional, José Gregorio Hernández Galindo, las medidas implementadas: “no fueron otra cosa que un zarpazo a la salud de los colombianos. En efecto, la reforma se hizo para proteger los intereses de los intermediarios: el mal llamado Ministerio de Protección Social⁸⁸⁷.”

Tal como se advirtió, al ser una problemática estructural cuyos efectos negativos se han prologando a lo largo de los años, incluso con posterioridad a la expedición de la carta de 1991, la Corte no encontró que el *presupuesto fáctico* exigido para la procedencia de la declaratoria se verificara, al considerar que los hechos no atendían a la naturaleza de *sobrevinientes* ni *extraordinarios*, procediendo a declarar la *inconstitucionalidad con efectos diferidos* de la declaratoria en la *sentencia C-252 de 2010* en los siguientes términos:

...El decreto declaratorio del estado de emergencia social no logró demostrar la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste gravedad, no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia)⁸⁸⁸... *Parentesis mios*.

Y es que a pesar, de que la Corte Constitucional advirtió que los sucesos y deficiencias en el sistema de salud que empleó el Ejecutivo para declarar la emergencia no revestían el carácter de *sobrevinientes ni de extraordinarios*; aseguró que los mismos si comportaban cierta gravedad, y era necesario tomar decisiones frente al flujo de recursos que requería el sistema. En consecuencia, en este fallo moduló su pronunciamiento, y consideró que “las normas de excepción relativas a las fuentes tributarias de financiación, *tendrían una vigencia hasta el día 16 de diciembre del 2010*,

⁸⁸⁷ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. La Constitución y la emergencia social en salud. [En línea]. <Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/769-la-constituci-la-emergencia-social-en-salud-.html>>. [Consulta: 25 Oct., 2012].

⁸⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 252 del 16 de abril del 2010, Op. Cit.

es decir, que la *sentencia de inconstitucionalidad tendría efectos diferidos*⁸⁸⁹. Ahora bien, esta modalidad de sentencia de inconstitucionalidad diferida resulta excepcional y entonces debe soportarse expresamente, tal como lo ha determinado la Corte, al indicar que puede recurrirse a la misma en la medida en que:

...(i) se justifique expresamente esa modalidad de decisión; (ii) claramente se desprende del expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasionaría un vacío normativo que conduciría a una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada; (iii) se explique que esa solución es más adecuada que la de recurrir a una sentencia integradora, para lo cual debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el margen de configuración que tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento y, finalmente si, (iv) el juez constitucional justifique la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales...⁸⁹⁰.

Si bien es cierto que la ponencia de inconstitucionalidad planteada por el magistrado ponente: Dr. Jorge Iván Palacio en la sentencia C 252 de 2010, contó con el visto bueno de la corporación, que por unanimidad acogió la decisión de declarar *inexequible el decreto 4975/2009* sobre la emergencia. *Los efectos modulados* de la misma, fueron objeto de una amplia y reñida discusión, determinación que se tomó luego de que 5 de los 9 magistrados se mostraran a favor de mantener la vigencia temporal de las normas en materia tributaria.

En ese sentido, valga resaltar que en entrevista personal al magistrado ponente de la Sentencia C 252 de 2010, el doctor Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a los efectos diferidos de las medidas tributarias, salvo su voto de manera parcial expresando que:

...Si bien, la decisión judicial, se tomó con el fin de no agravar más la situación del sector salud, dejando dicha discusión a consideración del nuevo Congreso que se posesionaría el día 7 de agosto del año 2010. Hasta que terminara el período del Congreso, pero yo salvé el voto en eso, porque

⁸⁸⁹ Ibíd.

⁸⁹⁰ Ibíd. Ver Sentencias C-852 de 2005 y C-737 de 2001.

al otorgar efectos diferidos a unos decretos de desarrollo que establecen fuentes tributarias de financiación, no hace más que apartarse de la línea jurisprudencial pacífica y consistente en esta materia, además de constituirse en un paso regresivo al flexibilizar el juicio estricto de constitucionalidad, que en principio, debe preceder toda declaratoria de los estados de excepción. Permitir que sigan vigentes en el ordenamiento jurídico algunos de los decretos legislativos de desarrollo, constituye en sí mismo una contradicción con los efectos que genera la declaración de inexecuibilidad del Decreto Legislativo 4975 de 2009, ya que si las causas que se adujeron por el Gobierno para declarar el estado de emergencia social no tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarias, además de disponer de mecanismos ordinarios para su solución oportuna y efectiva, no se entiende cómo se prolongan las medidas legislativas de desarrollo (Art. 215 superior). Si bien se acepta la “gravedad” de la situación financiera del sistema de salud, ella no reviste carácter inminente al no probar el Gobierno la inmediatez en su presentación y que constituya una situación insalvable e incontinente...⁸⁹¹.

Así mismo, el doctor José Gregorio Galindo manifestó que con la implementación de medidas de esta índole:

...(1) Se produjo una verdadera reforma tributaria "por la puerta de atrás", pese a que en diciembre pasado culminó el trámite de la Ley 1370 - que plasmó una reforma tributaria-, todo para no dar lugar a los necesarios debates en el Congreso sobre nuevos o más onerosos gravámenes; (2) Y desde luego las medidas contravienen el expreso mandato del artículo 215, referente al estado de emergencia en cualquiera de sus modalidades: "El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo...⁸⁹².

No obstante, el exmagistrado de la Corte Constitucional, Gonzalo Ramírez Cleves, sobre el diferimiento de los efectos en materia tributaria, adoptados en la Sentencia C-252 de 2010, en entrevista personal expresa que:

...dicha figura ha sido ya empleada por la Corte Constitucional, en otras ocasiones, como por ejemplo, en la Sentencia C-737 de 2001, donde el magistrado Montealegre Lynnet explicó que la inexecuibilidad diferida: “...nace de la necesidad que tienen los tribunales constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata una regulación

⁸⁹¹ ENTREVISTA con Jorge Iván Palacio Palacio, Magistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

⁸⁹² HERNANDEZ GALINDO, La Constitución y la emergencia social en salud, Op. Cit.

legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esta decisión (...) Las decisiones en este sentido no implican una contradicción lógica; pues para entender esta modalidad de sentencias es preciso distinguir dos aspectos: “la verificación de constitucionalidad de una norma”, con el momento “de la expulsión del ordenamiento”. Es decir, que uno es el juicio de validez de la norma, que en el caso de la emergencia social en salud dio lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad y otro es el juicio sobre los efectos, que en el caso de la emergencia, dio lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad, y otro, es el juicio sobre los efectos, que en el caso de la emergencia dio lugar a establecer a que estos fueran ultractivos en los decretos tributarios y de vigilancia y control, hasta el 16 de diciembre de 2010...⁸⁹³.

En mi opinión, y acogiendo el Salvamento de voto del magistrado Jorge Iván Palacio⁸⁹⁴, hasta la fecha, la Corte ha acudido de manera uniforme al expediente de los efectos diferidos de las sentencias en el tiempo, única y exclusivamente, en los procesos de control abstracto de leyes ordinarias, para evitar los traumatismos que pudiera generar la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma que ha permanecido vigente en el ordenamiento y que venía produciendo efectos jurídicos. Pero con respecto a los decretos legislativos, es necesario recordar que la Corte ha señalado que:

...la modulación de efectos de las sentencias en el tiempo debe ser *rigurosamente excepcional* atendidas las reales circunstancias de aplicación de las decisiones. Y ello por cuanto dicha excepcionalidad es la que mejor armoniza con la garantía de la seguridad jurídica y la protección de la supremacía constitucional. La Corte ha sido enfática en afirmar así mismo que ante la ausencia de claras razones para modular en el tiempo los efectos del fallo lo que procede es aplicar la regla general efectos hacia el futuro. Además, ha manifestado que para que proceda la declaración de inconstitucionalidad diferida “*se requiere que ésta sea la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional*”. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino el resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales...⁸⁹⁵

⁸⁹³ ENTREVISTA con Gonzalo Ramírez Cleves, exmagistrado Auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, octubre 29 de 2014.

⁸⁹⁴ Ver salvamento de voto Jorge Iván Palacio Palacio. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-252 del 16 de abril del 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁹⁵ Ver sentencias C-221 de 1997, C-700 de 1999, C-442 de 2001, C-737 de 2001, C-245 de 2002, C-415 de 2002, C-756 de 2002, C-619 de 2003, C-243 de 2005, C-491 de 2007.

Por todo lo anterior, siendo la *declaración de inconstitucionalidad diferida*, un mecanismo excepcional aplicable a normas expedidas durante la normalidad institucional (leyes ordinarias), su extensión a los decretos legislativos expedidos bajo estados de excepción (juicio estricto de constitucionalidad) resultaría aún más rigurosa y seguramente inaplicable (la excepción extendida a los estados de excepción). En efecto, en una figura de excepcionalidad como es la emergencia social, aplicar el efecto diferido en el tiempo, que es una institución todavía más excepcional, produce como consecuencia la ineficacia plena o cuasi plena, de la declaración de inconstitucionalidad. En ese sentido, podríamos estar ante una inconstitucionalidad formal, pero efectivamente estamos ante una constitucionalidad del estado de emergencia social.

De otro lado, pretender la divisibilidad de lo indivisible (examen material y efectos del fallo), termina desconociendo con mayor ahínco los pilares de la democracia constitucional. Además, tratándose del establecimiento o modificación de tributos, el principio de representación democrática adquiere mayor relevancia en la Constitución. De ahí que su decreto por estado de emergencia haya quedado supeditado constitucionalmente a una vigencia transitoria (Art. 215 C. Pol.).

Finalmente, en vísperas del fin del mandato Presidencial de Álvaro Uribe Vélez y ante la organización de los Estados Americanos OEA, el día 22 de julio del 2010 el Gobierno colombiano hizo eco de las denuncias que siempre caracterizaron a la administración Uribe Vélez en contra del terrorismo, y especialmente de los grupos guerrilleros como las FARC y el ELN. Dicha ofensiva no solo se desplegó en el territorio colombiano, sino que en el ámbito latinoamericano se denunció constantemente el apoyo, albergue y/o presencia en países vecinos de la República con el silencio muchas veces aquiescente de las autoridades de esos países.

Para nadie era un secreto la brecha ideológica que existía entre el entonces mandatario Álvaro Uribe Vélez y su homólogo venezolano Hugo Chávez Frías; las acusaciones y ataques verbales lanzados desde Miraflores a Nariño o desde Bogotá hacia Caracas eran recurrentes en los titulares de prensa. Las relaciones tensas entre ambas Repúblicas tuvieron uno de sus puntos más álgidos el día 22 de julio de 2010, fecha en la que Colombia denunció al Gobierno de Venezuela ante la Asamblea

Extraordinaria de la OEA, lo que generó que el Gobierno venezolano decidiera romper relaciones económicas y políticas con el Estado Colombiano⁸⁹⁶.

En efecto, como es sabido, en razón de su cercanía geográfica, y sus fuertes lazos históricos, Colombia y Venezuela han compartido fuertes relaciones comerciales, especialmente en las zonas de frontera de ambos países. Pero en vista del deterioro de las relaciones binacionales, el desempleo, la iliquidez y el atraso económico comenzaron a hacerse más visibles que nunca en las zonas de frontera, lo cual conllevó a que el 27 de julio de 2010, el Gobierno de Uribe Vélez declarara por cuarta y última vez, el Estado de emergencia social mediante Decreto 2693 de 2010, limitando su ámbito de validez territorial a los departamentos limítrofes de Boyacá, Cesar, la Guajira, Norte de Santander, Arauca y Vichada.

La Corte Constitucional mediante sentencia C- 843 del 28 de octubre de 2010⁸⁹⁷, determinó la *exequibilidad* de la norma, debido a que desde el ámbito del derecho internacional público las relaciones diplomáticas entre Colombia y Venezuela son necesarias, porque son países vecinos, con una larga trayectoria de acuerdos comerciales y relaciones de amistad...⁸⁹⁸.

Finalmente, terminaré el análisis del estado de emergencia, resaltando que durante el período comprendido entre 2010 hasta 2015, el actual Presidente de Colombia, *Juan Manuel Santos Calderón* (2010-2018), *no ha hecho uso de la declaratoria del estado de conmoción interior* y solamente ha utilizado la declaratoria de emergencia durante dos veces debido a la ola invernal del fenómeno conocido como “La Niña”, el cual ha causado graves consecuencias en todo el territorio nacional⁸⁹⁹.

La primera declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica del gobierno de Santos Calderón se dio mediante Decreto Legislativo 4580 del 15 de diciembre de 2010, debido que durante la segunda mitad del año 2010, gran parte del territorio colombiano fue víctima de la devastadora “*ola invernal*”, conocida como el

⁸⁹⁶ Un ejemplo de estas denuncias es que en territorio venezolano se habían detectado campamentos de grupos guerrilleros y demás organizaciones delincuenciales que actuaban en la República de Colombia.

⁸⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 843 del 28 de octubre de 2010 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁹⁸ *Ibíd.*

⁸⁹⁹ Ver Tabla 11 Declaratorias de emergencia gobierno Uribe Vélez: 2002-2010

fenómeno de La Niña, la cual impidió que en el norte de la región Andina se diera la tan habitual “temporada seca”; dando lugar a precipitaciones sin precedentes históricos, produciendo deslizamientos, así como vertiginosas crecientes en ríos y quebradas que produjeron una notable alteración de la hidrografía del territorio colombiano, registrándose como víctimas, aproximadamente cerca de 3 millones de colombianos damnificados.

El control constitucional a la referida declaratoria lo realizó la Corte Constitucional mediante sentencia C- 156 del 9 de marzo del 2011⁹⁰⁰. En este fallo la corporación por unanimidad decidió declarar *exequible* el Decreto 4580/2010, haciendo una aclaración en su juicio de *sobreviniencia*, señalando que si bien el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales había advertido varios meses atrás que el fenómeno de *La Niña* podría presentarse, lo cierto es que la inclemencia de dicho suceso resultó ser más fuerte que en oportunidades anteriores, aun cuando el país ya había sobrellevado este fenómeno natural. Por ende, dado que el Gobierno no pudo predecir el rigor meteorológico de *La Niña*, se consideró que la fuerza de estas lluvias justificaba la declaratoria de emergencia⁹⁰¹.

Al respecto, es importante resaltar la aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien teniendo en cuenta la advertencia realizada por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, y ante la posibilidad de predecir estos sucesos, instó a la Corte Constitucional a ser más exigente a la hora de valorar los presupuestos fácticos, valorativos y de suficiencia aducidos por el Gobierno, con el fin de evitar “*la inercia de las autoridades*” para hacer frente a hechos de posible ocurrencia en ciernes⁹⁰².

⁹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 156 del 9 de marzo de 2011, Op. Cit.

⁹⁰¹ Las consecuencias del fenómeno de La Niña 2010 fueron devastadoras, al impactar de manera traumática la realización efectiva de los derechos de millones de personas y el orden social, económico y ecológico del país. Claramente la grave perturbación social se constata, entre otras, con la gran cantidad de personas que perdieron la vida a causa del fenómeno de la Niña, otras tantas desaparecidas y muchas de ellas heridas; múltiples familias afectadas, al punto de calcularse una damnificación de aproximadamente 1.614.676 personas. También fue comprobable la grave perturbación del orden económico: numerosas hectáreas de cultivos fueron inundadas perdiéndose las cosechas; las vías de comunicación y el desarrollo normal del transporte tanto de personas como de productos al interior del país sufrieron daños.

⁹⁰² Aclaración de Voto, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C- 156 del 9 de marzo de 2011, Op. Cit.

Entre las medidas de desarrollo tomadas por el Ejecutivo en virtud de este decreto se destacan las siguientes: *el Decreto 4832 del 2010, el Decreto 4825 de 2010, el Decreto 16 del 2011*⁹⁰³.

Al respecto, cabe señalar que el *Decreto 4579/2010*, por medio del cual se declara la situación de “*Desastre Nacional*”; y el *Decreto Legislativo 4580/2010*, además de todos los Decretos de desarrollo expedidos en virtud del *Decreto 4580 de 2010*, que se refieren a aspectos fiscales, tributarios y criminales, con posterioridad a la declaratoria de emergencia, fueron incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano, de manera permanente, y más allá del año de vigencia fiscal que establece el inciso tercero del artículo 215 de las Carta Política para este tipo de medidas, por el Congreso de la República mediante la *Ley 1523 del 2012*, la cual en el último inciso del artículo 96 dispuso: “Conservarán su vigencia los Decretos 4579/2010 y 4580 de 2010 y los Decretos Legislativos expedidos en virtud del Decreto 4580 de 2010”.

Para terminar, el gobierno de Santos quiso declarar por segunda vez el Estado de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública, mediante *Decreto Legislativo 020 del 7 de enero de 2011*, pero la norma fue declarada *inexequible* en la C-216 del 29 de marzo de 2011⁹⁰⁴, porque la Corte consideró que el Gobierno realizó la declaratoria de emergencia invocando los mismos hechos que determinaron la declaratoria del 7 de diciembre de 2010, es decir, la agudización inusitada de las lluvias derivadas de la grave ola invernal que se presentó como consecuencia del Fenómeno de la Niña 2010 – 2011.

En efecto, en aquella sentencia para la Corte es claro que el *Decreto 020 de 2011*, no pretende ampliar la vigencia del *decreto 4580 de 2010*, mediante una prórroga, porque está es una facultad exclusiva del Ejecutivo frente a los estados de conmoción interior (artículo 213 C.P.); sino que, por el contrario, el *Decreto 020 del 2011* obedece a una nueva declaratoria, pero el Ejecutivo invocó el mismo presupuesto fáctico del Decreto

⁹⁰³ Un resumen de los decretos de desarrollo y las medidas tomadas por el Gobierno colombiano con fundamento en el Decreto Legislativo 4580 de 2010, en virtud del cual se declara el Estado de emergencia social por la grave calamidad pública acaecida debido al Fenómeno de La Niña, se puede observar en la Sentencia C- 216 del 29 de marzo de 2011 emitida por la Corte Constitucional en la revisión de constitucionalidad del Decreto legislativo 020 del 7 de enero de 2011 “*Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública*”.

⁹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 143.

4580 de 2010, es decir, el fenómeno de “*La Niña*”, por lo que la corporación al realizar el juicio de constitucionalidad de la norma señala su inconstitucionalidad⁹⁰⁵.

Sobre este punto hay que subrayar que la inexequibilidad de la segunda declaratoria de emergencia no priva al Ejecutivo de instrumentos para atender los efectos de la ola invernal y los damnificados por el trámite ordinario ante el Congreso, utilizando incluso el trámite de urgencia que se establece en el artículo 163 de la C.P.⁹⁰⁶.

A modo de conclusión

Durante el gobierno de Ernesto Samper se establece la inspección o registros domiciliarios para la búsqueda de pruebas judiciales y la captura de personas de manera preventiva y sin orden judicial. Esta norma suspende derechos fundamentales tales como: Derecho a la intimidad (Art. 15 C.P.), Derecho a la libertad personal (artículo 28 C.P.), Derecho a la no autoincriminación (artículo 33). Fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067/96, en la cual la corporación expresa que la norma transcrita no vulnera la Constitución, porque esta norma reproduce en esencia lo previsto en el artículo 38 lit. N⁹⁰⁷ de la LEEE. Así mismo, el Gobierno Samper, crea las zonas especiales de orden público, en las cuales la fuerza pública se encuentra facultada para restringir el derecho de circulación y residencia (Art. 24 C.P.) para recoger, verificar y registrar información de todo habitante de dichas zonas⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 143.

⁹⁰⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, Artículo 163: “El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aun dentro de este lapso, la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o Comisión decida sobre él ...”.

⁹⁰⁷ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. Junio 3 de 1994, Artículo 38, Literal N): Disponer con orden de autoridad judicial competente, inspecciones o registros domiciliarios con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la Comisión de delitos

⁹⁰⁸ Colombia, DECRETO LEGISLATIVO 0717 de 1996, Artículo 3: Restrínjase el derecho de circulación y residencia en las zonas especiales de orden público a que se refiere el presente Decreto. La restricción consiste en la limitación o prohibición del ejercicio de tal derecho mediante medidas como toque de queda, retenes militares, indicativos especiales para la movilización, salvoconductos, inscripción en la Alcaldía, comunicación anticipada a ésta de desplazamiento fuera de la cabecera municipal. En tal

En resumen, a pesar del propósito que tuvo la Constitución de 1991 en especificar y controlar el uso de las facultades del Presidente de la República en los estados de excepción, durante los gobiernos presidenciales de Gaviria y Samper, derechos fundamentales de los ciudadanos como: las garantías procesales judiciales, el debido proceso, el hábeas corpus, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación y residencia fueron vulnerados a raíz de las declaratorias de conmoción interior. Nótese que los Decretos legislativos 874/1994 proferido por presidente Gaviria y el 1370/1995 proferido por el gobierno de Samper, fueron declarados inexecutable por parte de la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencias C300/1994 y C446/1995.

Valga resaltar que durante el período del presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002), no se declaró el estado de conmoción interior, porque su propósito fundamental era hacer la paz con los grupos guerrilleros.

Por su parte, a pesar de que el presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) ha sido el más fuerte durante las dos últimas décadas, utilizando medidas restrictivas para mantener la seguridad y el orden público, alterando la malla de protección de los derechos, solamente declaró dos veces el estado de conmoción interior, la primera declaratoria mediante el Decreto 1837/2002, como consecuencia del actuar desbordado de los grupos terroristas que produjeron la situación de inseguridad del país y el deterioro de las zonas rurales, demostrando la debilidad del Estado para contrarrestar eficientemente estas acciones terroristas mediante acciones ordinarias. Este decreto fue declarado *executable* en la sentencia C-802 de 2002⁹⁰⁹, una de las sentencias más importantes sobre el control a los estados de excepción, porque establece las reglas para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad de los decretos legislativos. La segunda declaratoria del estado de conmoción interior, durante el gobierno de Uribe Vélez se dio en el año 2008, mediante Decreto C3929/2008, declarado *inexecutable* mediante sentencia C070/2009, gracias al control jurídico que ha llevado la Corte Constitucional a partir del uso del test de proporcionalidad en sentido estricto frente a los decretos legislativos.

virtud, el Gobernador o los Gobernadores correspondientes podrán dentro del territorio de su jurisdicción adoptar directamente o a solicitud del Comandante Militar que ejerza el control operacional en la zona la medida adecuada a las condiciones especiales de su territorio, señalando las áreas geográficas, lugares, períodos de duración y vías de comunicación en que se aplicarán tales medidas.

⁹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Op. Cit.

Durante el período de Juan Manuel Santos Calderón que se inició desde el año 2010 hasta el año 2015, no se ha hecho uso del estado de conmoción interior, lo cual evidencia que la última declaratoria del estado de conmoción interior se dio en el año 2002, mediante el Decreto 1837/2002 durante el período presidencial de Alvaro Uribe Veléz, lo cual demuestra el triunfo que ha tenido el control jurídico realizado por la Corte Constitucional a los Decretos Legislativos, es evidente que el Ejecutivo en la actualidad no hecha mano de la figura del estado de excepción para restringir los derechos de los ciudadanos, levantando polvaredas de humo, con excusas de razones de Estado. El estado de excepción se marchitó, ha desaparecido, porque el Ejecutivo entendió que ¡él no legisla!. Y que si quiere legislar, o adoptar medidas que pongan en riesgo los derechos de los ciudadanos, debe presentar sus proyectos al Poder Legislativo, pues solamente el Congreso, como representante del pueblo, podrá imponer limitaciones a los derechos humanos durante, tal como lo establece el artículo 30 de la CADH.

En síntesis, el uso de la figura de los poderes excepcionales se ve marcado por tres momentos importantes en estos veinte años. En los primeros años de vigencia del texto fundamental, se puede advertir que el afán de acudir reiteradamente a los estados de excepción no fue fácil de superar. A menos de ocho meses de ser expedido el nuevo texto, en febrero de 1992, se acude por primera vez a los estados de excepción, en esa ocasión al estado de emergencia económica, que se va a repetir en once ocasiones más, en 1992, 1994, 1997, 1998, 1999, 2008 en dos oportunidades, 2009, 2010 en dos oportunidades y en el 2011, para un total de doce declaratorias. En cuanto al estado de conmoción interior, la primera declaratoria data de 1992, también a menos de un año de ser expedido el texto superior, y se va a repetir de nuevo en 1992, 1994, 1995 en dos oportunidades, 2002 y 2008, para un total de siete declaraciones. Como se puede apreciar, son diecinueve declaratorias de estados de excepción, nueve de ellas en los primeros seis años de vigencia de la Constitución de 1991.

Una segunda etapa, desde finales de la década de los noventa y los primeros años del siglo XXI, es un período que se caracterizó por cierta madurez política de los gobiernos de turno, que se vio reflejada en la tendencia a no acudir con relativa periodicidad a los mecanismos excepcionales, y buscar soluciones a los problemas de orden público por

los mecanismos ordinarios, bien a través de políticas legislativas presentadas al Congreso, bien por el ejercicio de las atribuciones ordinarias de que dispone el Presidente de la República para cumplir la misión constitucional de conservar el orden público y lograr su restablecimiento por medio de esos mecanismos. Así, por ejemplo, la última emergencia económica del siglo XX fue declarada en enero de 1999 y solo hasta el 2008 se vuelve a acudir a dicho mecanismo, es decir, un período de casi diez años sin el uso del instituto de la emergencia; mientras que durante un espacio de seis años, entre 1996 y el 2002, no se presentó ninguna declaratoria de conmoción interior hasta la de ese año; y entre el 2002 y el 2008 tampoco se hizo uso de la conmoción hasta la declaratoria de finales de este último año.

Finalmente, una tercera etapa que se caracteriza por recurrir de nuevo de manera inercial a la figura de los poderes de excepción, desde el 2008 hasta principios del 2011. En este espacio de tiempo de casi tres años se han declarado en seis ocasiones los estados de excepción: seis emergencias, pero cabe resaltar que durante esta última etapa no se ha hecho mano del estado de conmoción interior, lo cual demuestra el papel protagónico de la Corte Constitucional, frente a los estados de excepción. Cabe señalar además que el control político y el control de los organismos internacionales que supervisan los derechos humanos durante los estados de excepción es débil, a lo largo de la historia del país, esa a sido una falencia histórica.

CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS

El estado de excepción se asimila en diversos países a lo que se denomina como estado de emergencia, estado de urgencia, estado de alarma, estado de sitio, estado de prevención, estado de guerra interna, ley marcial, poderes en crisis, poderes especiales, toque de queda o suspensión de garantías. En ese sentido, la Doctrina general internacional ha sustentado que el estado de excepción es una institución del Estado de derecho que permite a los gobiernos solucionar situaciones de anormalidad, a través de la adopción de medidas que pueden implicar restricciones o limitaciones a los derechos humanos, en mayor medida que las autorizadas en situaciones regulares. Pero, los derechos humanos de ninguna manera se pueden suspender, sino que, únicamente se pueden restringir o limitar de manera temporal, con la finalidad de restaurar el Estado de derecho —que se ha roto durante la época de crisis o anormalidad—, en el que recobran plena vigencia los derechos que fueron restringidos con las medidas excepcionales.

En este panorama, Colombia no pudo escapar a la influencia que ejerció la figura en Latinoamérica y en el resto del mundo, por ello, bajo la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 el estado de excepción fue usado irrazonablemente para controlar la violencia política y el fenómeno del narcotráfico sin que tuviera éxito alguno, siendo la más perjudicada la población civil, al ver menguados sus derechos fundamentales por las prácticas abusivas del poder.

Así por ejemplo, el régimen de la excepcionalidad, ha sido hasta ahora un mecanismo autodestructivo dentro de la tradición constitucional latinoamericana, no solo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la declaratoria del estado de excepción es una estrategia de guerra controlada, y más que actuar como un instrumento para la paz, contribuye al detrimento de la misma.

No cabe duda entonces, de que la historia jurídico-constitucional colombiana es un largo trasegar por un permanente estado de excepción y en particular por el llamado con anterioridad estado de sitio. La evolución constitucional del estado de excepción en Colombia se remonta hasta Constitución Política Nacional de 1821. La Constitución de

la Gran Colombia en sus artículos 55 y 128, autoriza la suspensión de la Constitución y le traslada funciones legislativas y judiciales al Ejecutivo para sortear la emergencia y recuperar el equilibrio. Y más tarde a la luz del artículo 121 de la Carta de 1886, régimen que debía ser de excepción y de duración transitoria, conforme a lo preceptuado por el mismo artículo, en la práctica se convirtió en un elemento normal y cotidiano de ejercicio del poder político, con lo cual el régimen constitucional se desfiguró.

Así, como se anotó en el capítulo II (pag.132,) tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por los doctrinantes mencionados en esta tesis, se puede afirmar que desde noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente.

Y es que, la legislación de urgencia, tal y como se ha configurado en la Constitución Colombiana de 1991, es el punto de llegada, de una larga evolución histórica en la que el Poder Ejecutivo ha ido aumentando progresivamente sus facultades normativas autónomas respecto al Congreso. Podemos afirmar que desde el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los debates en torno a los estados de excepción, se caracterizaron como una reacción de rechazo frente al uso abusivo por parte del Ejecutivo del estado de sitio vigente en la Constitución de 1886. Los constituyentes Antonio Navarro Wolff, Antonio Galán Sarmiento, Fabio Villa Rodríguez y José Matías Ortiz expresaron que: “el estado de excepción no es ni puede ser un estado de hecho. Es una de las expresiones del Estado de derecho. Por lo tanto debe ser normado. Tiene como objeto el reforzamiento de la facultad defensiva del Estado para recuperar la normalidad dentro del Estado de derecho”.

En efecto, la posibilidad de declarar el estado excepción, se traduce no solo en las facultades extraordinarias que asume el Ejecutivo, sino también en la posibilidad de restringir o suspender determinados derechos individuales”. Frente a ello, y ante los postulados indeterminados que consagra la Constitución, surgen para el Gobierno unas limitaciones establecidas en la Constitución de 1991, en la Ley 137 de 1994⁹¹⁰, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario,

⁹¹⁰ Ver Ley 137 de 1994, por medio de la cual se reglamentan los estados de excepción en Colombia.

que para el caso colombiano estarían contempladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los se impone una serie de límites a las facultades que se le otorgan al Presidente durante los estados de excepción, estos límites a su vez son garantías para los ciudadanos frente al uso arbitrario del poder⁹¹¹, los más importantes son: a) el *principio de necesidad y principio de especificidad*; b) el *principio de la intangibilidad de derechos*; c) el *principio de proporcionalidad*, d) el *principio de temporalidad*, entre otros. Pero a mi juicio, el límite más importante a los estados de excepción se encuentra en el artículo 5° de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994) que establece la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual encuentra correspondencia con el artículo 214-2 de la Constitución, al señalar que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales durante las situaciones de anormalidad.

Así, los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya suspensión se prohíbe durante los estados de excepción, comprenden los establecidos en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93 superior)⁹¹². Si bien los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden ser *suspendidos* bajo los estados de excepción, algunos de ellos pueden ser *restringidos* en la medida que satisfagan los requerimientos esenciales previstos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción -LEEE-.

Al respecto, cabe hacer una distinción con fundamento en la realidad jurídica: una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad, no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su *núcleo esencial es*

⁹¹¹ Corte Constitucional. SENTENCIA C-802 OCTUBRE 2 DE 2002, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁹¹² Cft. Sentencia C-802 de 2002.

intangible.

En ese sentido, uno de los primeros límites que imponen las normas internacionales (PIDCP y la CADH), es la imposibilidad de restringir, a través de medidas de excepción, el núcleo esencial de los derechos humanos⁹¹³. Por eso como lo dijo la misma Corte en la sentencia C-045 de 1996: “Se deduce que cuando se afecta *el núcleo esencial de un derecho fundamental*, éste queda violado o suspendido”⁹¹⁴. Por ello, el artículo 6 de la LEEE permite limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, *a condición de que no se afecte su núcleo esencial* y se establezcan garantías y controles para su ejercicio⁹¹⁵.

Pero, para entender la complejidad del tema esencial de esta investigación, es necesario hacer la diferencia entre los conceptos de “*núcleo duro*” y “*contenido esencial*” o “*núcleo esencial*” de los humanos, los cuales en Colombia han sido tratados de manera ambigua por parte de la Corte Constitucional, pues al referirse al término “*contenido esencial*” en su jurisprudencia inicial muchas veces lo asimiló al concepto de “núcleo duro” de los derechos humanos.

No obstante y a pesar de su confusión, la Corte acoge el término del “*núcleo esencial*” de los derechos fundamentales, en un sentido similar al acogido por el Tribunal Español, definiéndolo de la siguiente manera: “... es el contenido mínimo que debe permanecer del derecho para que no se desnaturalice”⁹¹⁶... “aquellos elementos sin los cuales el derecho deja de ser lo que es”⁹¹⁷, es “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asume el derecho o de las formas en que se manifieste...”⁹¹⁸.

De lo anterior puede deducirse que los derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello, el Artículo 6 de la

⁹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. Op. Cit.

⁹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-045 del 8 de febrero de 1996.

Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹¹⁵ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Artículo 6. Op. Cit.

⁹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Ver Sentencia T 406 de 1992, Op. Cit.

⁹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C— 179 del 13 de abril de 1994 de 1999, Op. Cit.

⁹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T – 002 DE 1992, Op. Cit.

LEEE permite limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, a condición de que no se afecte su núcleo esencial y se establezcan garantías y controles para su ejercicio⁹¹⁹.

Pero, el concepto de núcleo esencial presenta grandes contradicciones en la actualidad, porque si no se puede establecer con precisión ni siquiera cuál es el contenido del derecho, mucho menos habrá claridad para determinar qué parte del derecho se puede suspender, limitar, o restringir sin que se vulnere el contenido esencial del derecho. Valga recordar que para algunos autores, el contenido esencial es lo que queda del derecho, después de realizar el juicio de proporcionalidad. En efecto, existen muchos aspectos de los derechos, que aún no existen o no han sido delimitados, pero que en un futuro, se reconocerán, y deberán entenderse como partes estructurales del derecho⁹²⁰.

En este panorama, el concepto de núcleo esencial sigue siendo empleado por la Corte Constitucional de Colombia, para hacer referencia al carácter de *‘infranqueables’* e *‘inviolables’* que tienen aquellos aspectos del núcleo esencial de un derecho fundamental, sin precisar bien los contenidos del mismo, sino en función de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuáles han sido creados por la Corte para solucionar los conflictos entre principios. Pero, el núcleo esencial, por sí mismo, no es un concepto o un criterio determinante y estructural que le sirva al juez para solucionar los casos.

Si bien, hay que reconocer que en una época tuvo una utilidad constitucional muy grande, y fue evitar que se “anulara” o se “apagara” el derecho. En la actualidad algunos magistrados de la Corte Constitucional, proponen utilizar otra metáfora para referirse al contenido esencial denominada *“red de derechos”*, la cual en mi criterio, es mucho más acertada, porque al visualizar la imagen del núcleo de un derecho, como el núcleo de una célula, o el núcleo de un átomo, el juez se preocupa especialmente de proteger aquellos aspectos *mínimos* del derecho. Mientras que si visualizamos una *“red de derechos”*, la tarea es más difícil, porque el juez tendrá que preocuparse de todos los aspectos esenciales para proteger a todos y cada uno de los derechos, tendrá que

⁹¹⁹ Colombia. Ley 137 de 1994 (Junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Artículo 6. Op. Cit.

⁹²⁰

mantener todos y cada uno de los hilos de la red, para que no se rompa su estructura, proteger incluso, las partes más débiles o periféricas de la telaraña, que permitan proteger toda la estructura, encontrando “*puntos nodales*” de protección, para mantener la red, lazos que unen los derechos, porque casi nunca están solos, siempre aparecen entrelazados, mezclados, sin que sea fácil hallar su esencia, el alma, o su contenido esencial. Si tengo una “*red*”, puedo encontrar otros derechos en el área. En otras palabras, un derecho genera una “*red de protección*”, y esa red de protección cubre diferentes ámbitos de la vida humana. Entonces, para que la red se mantenga sin fisuras, debo encontrar los “*puntos nodales*”, es decir, los puntos neurálgicos de la red. El juez no tendrá que buscar el punto central de un derecho en particular, sino que tendrá que cuáles son los aspectos nodales que permiten armar la red de protección a partir de un derecho en el caso concreto. De este modo, el contenido de un derecho fundamental, y sus ámbitos de protección esenciales, se desarrollan y avanzan de acuerdo a la amenazas y riesgos que pueden enfrentar con el paso del tiempo.

Es claro entonces, que el contenido de los derechos fundamentales, debe estar alimentado a partir de las distintas acotaciones doctrinales respecto de cada derecho, siempre debe “*contextualizarse*”. Tal garantía supone exigir a los poderes públicos, primero al legislador que lo desarrolla, al juez que lo interpreta y aplica y al Poder Ejecutivo respetarlo y tutelarlos en función de cada uno de ellos, especialmente como ocurre con las medidas que debe adoptar durante los estados de excepción, en las cuales deberá garantizar que cada derecho pueda ejercerse efectivamente, sin establecer límites concretos que lo menoscaben hasta el punto de hacerlo impracticable, lo que suspendería el contenido esencial del derecho.

En síntesis, la visión del núcleo esencial de un derecho, como centro mínimo y básico de protección, protegía ante todo, que bajo ninguna circunstancia se afectaran los contenidos esenciales de un derecho constitucional fundamental. La visión de la razonabilidad y la proporcionalidad, como criterios que garantizan que se preserven los elementos definitorios y característicos de la red de protección que extiende un derecho constitucional sobre la vida de las personas, por otra parte, es una visión que protege la totalidad e integridad de la misma. En tanto toda la red comparte el núcleo de la misma, esto es, sus elementos definitorios y estructurales, puede ser que una afectación en sus

extremos sea intolerable, incluso más allá de la que generaría una afectación sobre las partes que se encuentran en la mitad de la red.

Ahora bien, una vez se ha hecho claridad con respecto al concepto de “núcleo esencial” o “contenido esencial” de los derechos humanos, es necesario hacer claridad sobre el concepto del “núcleo duro” de los derechos humanos, el cual ha sido definido por la doctrina internacional, como “un conjunto de derechos que en ninguna circunstancia pueden ser restringidos, incluso en situaciones de Estados de excepción o de conflicto armado interno”⁹²¹. También se puede definir como “aquel grupo de derechos reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado parte, incluso y sobretodo en caso de guerra, de peligro o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, o situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.

En resumen, las cláusulas de no suspensión de derechos contempladas en el artículo 4.2 del PIDCP, artículo 15.2 del CEDH, y el artículo 27.2 de la CADH (Art. 27), permiten que los Estados partes, en situaciones excepcionales, adopten disposiciones que *suspendan, limiten, o restrinjan* algunos derechos fundamentales, es decir, los derechos que no hacen parte del núcleo duro de derechos humanos, y que por lo tanto, no están cobijados por el principio de intangibilidad.

El núcleo duro, para el caso colombiano, aparece en el listado que se encuentra contenido en el Art. 27.2 de la CADH, y en el Art. 4.2 del PIDCP. Pero, en Colombia, a diferencia de otros países, al tenor literal del artículo 214.2 de la Constitución de 1991, de ninguna manera pueden suspenderse los derechos humanos y las libertades públicas durante los estados de excepción, ni siquiera se podrían suspender al tenor del artículo 214-2 los derechos que no son intangibles y que por lo tanto podrían ser suspendidos durante los estados de excepción, porque no son derechos absolutos. En consecuencia, la Constitución Política de Colombia, *integra un plus* que va más allá de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y del derecho internacional humanitario, al prohibir expresamente la suspensión de demás derechos fundamentales, que no hacen parte del núcleo duro, porque están por fuera de la lista taxativa, que

⁹²¹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final. [En línea]. Lima: CVR., 2003. Op. Cit.

aparece en los instrumentos internacionales y en el artículo 4 de la Ley 137 de 1994 (LEEE).

Por lo anterior, los derechos humanos y las libertades fundamentales en Colombia, no pueden ser suspendidos. Algunos de ellos alcanzan por sí mismos el carácter de intangibles. No obstante, pueden establecerse restricciones a los derechos, al limitarse algunos derechos y libertades fundamentales para beneficio de otros, tal como sucede por ejemplo con las libertades públicas, durante los estados de excepción. Precisamente, es en ese sentido, donde realizo el aporte esencial de esta investigación, me pregunto entonces: ¿cuáles son los derechos humanos y las libertades fundamentales que pueden ser suspendidos en Colombia?, si a diferencia de los instrumentos internacionales, nuestra Constitución en su artículo 214-2 es más garantista al establecer que durante dichos estados no es posible suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En consecuencia, si en Colombia no existe una jerarquización de los derechos fundamentales, y en distintas sentencias la Corte ha protegido DESC y los derechos colectivos mediante la acción de tutela, como si fuesen derechos fundamentales autónomos, la imposibilidad de suspensión durante estados de excepción, también se extendería a este tipo de derechos.

Valga resaltar que para el Estado colombiano la protección de los DESC resulta obligatoria, toda vez que como se dijo antes, al no existir en Colombia un artículo constitucional que contemple de manera expresa una lista taxativa de los derechos fundamentales, sino que al tenor del artículo 94, cualquier derecho que proteja la dignidad humana puede ser considerado como un derecho fundamental, estos derechos en Colombia, deben tener la misma protección que los derechos civiles y políticos, y tampoco podrán ser suspendidos durante los estados de excepción.

Así, la Corte Constitucional reconoce como fundamentales ciertos derechos que por su fuerte vinculación con el estándar axiológico de la dignidad humana y por la posibilidad de concreción en derechos subjetivos deben ser tratados como derechos fundamentales. Bajo esta perspectiva, cualquier derecho puede ser asumido como fundamental si apunta a realizar una vida digna, pero solo será fundamental respecto de ciertos contenidos (sentencias T-859 de 2003 y T-585 de 2006). Para un jurista colombiano de hoy el problema no reside tanto en demostrar que un derecho *X* es

fundamental –todo derecho de fuente constitucional (bloque de constitucionalidad) podría serlo- sino en saber qué contenidos (*a, b, c*) de *X* tienen el carácter de *contenidos fundamentales* del derecho *X* y cuáles no⁹²².

En la jurisprudencia actual no es tarea difícil, ni exige mucha sutileza filosófica la argumentación para sustentar un determinado derecho *X*, como fundamental, si se tiene la certeza *ética* de estar ante una arbitrariedad. El ejercicio arduo reside, entonces, en la delimitación exacta de su contenido esencial del derecho, ámbito nuclear amparable mediante la acción de tutela y otras garantías reforzadas.

Hoy no es importante indagar sobre cuáles derechos constitucionales son fundamentales, y cuáles no lo son, sino sobre cuáles contenidos de tales derechos son fundamentales, y respecto de qué sujetos lo son. Así, la salud es derecho fundamental pero su contenido varía: pleno respecto a los niños y algunos sujetos de especial protección constitucional (ancianos, discapacitados, víctimas del desplazamiento); restringido a tratamientos incluidos en los planes obligatorios de salud en cuanto a todas las personas; y por conexidad con la vida, la integridad física y el trabajo en casos concretos.

En consecuencia, en la actualidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, puede ser un ejemplo en términos de derecho comparado, porque sin ceñirse taxativamente a la lista que hay de declaraciones internacionales sobre derechos y libertades fundamentales, ha ampliado su protección a unos campos que tienen mucha lógica y mucha coherencia que no pueden quedar en manos del Presidente, ni siquiera durante un estado de conmoción interior.

En efecto, si bien es cierto, que durante los primeros cinco años de vigencia del nuevo texto superior, se declaró en cinco oportunidades el estado de conmoción interior; demostrando claramente que la tendencia hacia el abuso de la figura de los estados de excepción "casi" permanentes no se había superado totalmente, gracias al control jurídico realizado por la Corte Constitucional, mediante el test de proporcionalidad en sentido estricto, se puede afirmar que el estado de conmoción se ha “marchitado”, prueba de ello es que la última declaratoria de conmoción que se realizó en el país se

⁹²² CHINCHILLA HERRERA, Op. Cit., p. 157.

hizo mediante el Decreto 1837/2002, durante el gobierno del presidente Alvaro Uribe Vélez.

Por otro lado, desde que se promulgó la Constitución de 1991, se ha declarado el estado de emergencia en doce oportunidades, seis de ellas en los dos años y medio últimos (desde noviembre del 2008 hasta mayo del 2011): a finales del 2008, en dos oportunidades por un período de treinta días, a propósito de la crisis generada por las captadoras ilegales de dinero; en el 2009, en una oportunidad por treinta días a propósito de la crisis del sistema de seguridad social en salud; dos veces en el 2010, la primera, con motivo de la crisis política con Venezuela y la situación económica en la frontera, y, a finales de ese mismo año, la crisis del fenómeno climático de la Niña; finalmente, a principios del 2011 una nueva declaratoria por el recrudecimiento del fenómeno invernal. Aquí también se pone en evidencia la tendencia facilista de recurrir a este régimen de excepción desnaturalizando su carácter extraordinario, excepcionalísimo, subsidiario, lo que deja entrever el uso del mecanismo para sustituir de forma discreta al órgano legislativo ordinario²⁴.

A pesar de lo anterior, existe una carta de triunfo sobre la declaratoria de los estados de excepción, si lo comparamos con la historia constitucional del siglo XX, Colombia permaneció en estado de sitio permanente, bajo el amparo de la Constitución de 1886. Sin duda alguna es destacable el papel del juez constitucional, que al asumir con entereza el control de constitucionalidad sobre el acto de la declaratoria, ha contribuido a evitar su uso recurrente por parte del Ejecutivo, y aún más cuando ha decidido declarar la inconstitucionalidad de algunas de ellas. Solo de esta manera se rescata la figura de los institutos de excepción como mecanismo de defensa de la Constitución y no como su enemigo latente.

De hecho, el protagonismo judicial de la Corte Constitucional colombiana, ha ampliado el margen de protección de los derechos que deben ser protegidos durante los estados de excepción. Sin lugar a duda, este también es un aporte para el derecho comparado, porque a partir del artículo 94 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha construido muchos derechos a partir de la dignidad humana; derechos que no están en otros lugares, como por ejemplo: el derecho al amor, a la recreación, al olvido, a la exhumación de cadáveres... entonces, dejamos de pensar en la lista del

núcleo duro, que en la actualidad habría que reformarla, de conformidad a las reglas de juego que exige la modernidad, con lo que se concluye que son los tribunales internacionales quienes deben empezar a determinar cómo se deben proteger de manera eficaz y adecuada los derechos durante los estados de excepción, incluso por ejemplo estableciendo un control de convencionalidad en la medida en que todos los Estados están obligados a notificarle a la Secretaría General de las Naciones Unidas de las medidas que adoptan, o bien sea por la Supervisión del Relator Especial de los Estados de Excepción y los grupos temáticos y geográficos que se crean para garantizar la protección de los ciudadanos desde las instancias internacionales, ante el incumplimiento de las obligaciones nacionales, o bien sea porque cada Estado cumpla la normativa internacional y proteja los derechos fundamentales de conformidad con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada declaratoria.

Además, es importante tener en cuenta que el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos al regular los derechos y garantías inderogables durante los estados de excepción, lo ha hecho con algunas irregularidades, vacíos y deficiencias, reflejadas especialmente en la forma en que fueron consideradas en el PIDCP las garantías judiciales o garantías del debido proceso, pues, incluso algunas de ellas, tan importantes como son: el derecho a la defensa, a la asistencia letrada y el derecho de protección contra la incomunicación de las personas detenidas, no han sido debidamente aseguradas como *garantías inderogables*, en aquellos casos en los cuales debe protegerse la vida y la integridad física de las personas detenidas por motivos políticos, durante los estados de excepción.

Igualmente, es importante anotar cómo aquellas normas que tienen el carácter de imperativas en el derecho internacional, como lo son, por ejemplo, las normas de ius cogens del derecho internacional humanitario, que pese a no figurar entre los derechos y las garantías intangibles, tampoco pueden ser inobservadas en uso de las facultades derivadas del estado de excepción. Así ocurre con el respeto de la dignidad humana, la prohibición de la tortura, los tratos crueles y degradantes, el secuestro y la toma de rehenes y otras prohibiciones del DIH.

En todo caso, los Estados partes deben interpretar las disposiciones del Pacto y de la CADH como un todo integral y en ningún momento pueden valerse de cualquier

disposición, interpretándola por separado de las demás disposiciones, para adoptar medidas legislativas, administrativas o de otro carácter, que limiten o afecten el ejercicio de los derechos civiles y políticos, más allá de los niveles permitidos por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, de conformidad con las cláusulas de suspensión de derechos establecidas en cada uno.

Por lo anterior, los instrumentos internacionales no solo regulan los derechos inderogables, sino que también que se encargan de establecer ciertas obligaciones para los Estados partes, con el fin de trazar los límites necesarios para evitar abusos y arbitrariedades de la autoridad pública y permitir la supervisión y el control internacional durante los estados de excepción, el cual será ejercicio en el ámbito universal por el Comité de Derechos Humanos y en el ámbito del Sistema Interamericano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para concluir, se puede afirmar que estos ejercicios intelectuales del constitucionalismo colombiano, tienen un gran valor, porque se han atrevido a ser suficientemente originales, buscando adaptar instituciones tan importantes como son los estados de excepción, los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad a la realidad colombiana. Tampoco puede pensarse que todo está bien en Colombia, porque la realidad es amarga, pero a partir de la Constitución de 1991, las personas día a día acuden a los Tribunales a reclamar sus derechos, con importantes cartas de batalla como lo son la acción de tutela, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, y demás mecanismos de protección de derechos que buscan proteger a los individuos frente a las razones de Estado.

Únicamente con la protección garantizada de los derechos de los ciudadanos durante los estados de excepción se puede construir la democracia colombiana, pues un pueblo existe, una nación existe, en la medida en que hay ciudadanos que pueden gozar de un estándar mínimo de garantías y derechos humanos, incluso en épocas de guerra, o en épocas de anormalidad como ocurre con los estados de excepción; pero a pesar del rol de legitimidad que tienen los ciudadanos frente la Constitución de Colombia, el Poder Ejecutivo casi nunca se ha preocupado por proteger los derechos humanos, y el papel del Congreso como órgano competente para realizar el control político de los mismos, se caracteriza por su ausencia.

Finalmente, la supervisión que deben ejercer los organismos internacionales de protección del núcleo duro de los derechos humanos, tampoco ha sido idónea ni efectiva, lo cual es preocupante, si se tiene en cuenta que ellos podrían ejercer un *control efectivo de convencional sobre las medidas adoptadas durante los estados de excepción*, toda vez que el único límite que tienen los Estados y su poder soberano, en la actualidad precisamente son los derechos humanos, los cuales en sí mismos, son una barrera infranqueable durante los estados de excepción.

En todo caso, “*en los contextos del trópico, los derechos humanos no dejan de ser burbujas multicolores, no exentas de exhuberancia tropical*”.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

1.1 LIBROS

ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Vol. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Trad. por Luis Villar Borda.

ALEXY, Robert y BERNAL PULIDO, Carlos. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006

ARIAS ÁVILA, Néstor Oswaldo. El tratamiento internacional de la suspensión de garantías judiciales en los estados de excepción. Bogotá: ESAP, 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Serie de teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. 1. Vol. 25. Trad. por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia* (análisis del proyecto del gobierno). Bogotá: Ediciones J Radar, 1996.

_____. *Los estados de excepción en Colombia* (3ª ed.). Bogotá: Leyer. 2008.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Estado de sitio y emergencia económica. Bogotá: Contraloría General de República, 1985.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos, 1984.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1.980

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? 2a. ed. Bogotá: Temis, 2009.

DOTTI, Jorge y PINTO, julio. Carl Schmitt: su época y su pensamiento. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

ENTREVISTA con Antonio Barrera Carbonell, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 22 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Aquiles Ignacio Arrieta Gómez, magistrado auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Gloria Patricia Lopera Mesa, magistrada auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 22 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Gonzalo Ramírez Cleves, exmagistrado auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, octubre 29 de 2014.

ENTREVISTA con Jorge Iván Palacio Palacio, magistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 26 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Juan Carlos Henao Pérez, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 29 de octubre de 2014.

ENTREVISTA con María Cristina Gómez Isaza, exmagistrada auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Medellín, 19 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Martha Victoria Sáchica Méndez, magistrada, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 23 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Rodrigo Uprimny Yepes, exmagistrado, Corte Constitucional de Colombia. Bogotá, 24 de septiembre de 2014.

ENTREVISTA con Tulio Elí Chinchilla Herrera, Conocido constitucionalista colombiano. Medellín, junio 19 de 2014

ESTÉVEZ ARAUJO, José. *La crisis del derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989.

FIJALKOWSKI, Jurgen. *La trama ideológica del totalitarismo: análisis crítico de los componentes ideológicos de la filosofía política de Carl Schmitt*. España: Tecnos. 1966.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El estado de excepción en el derecho constitucional español. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 18.

GALLÓN GIRALDO, Gustavo. La experiencia colombiana en estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional. En: GARCÍA-SAYÁN, Diego. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987.

_____. Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978. Bogotá: Librería y Editorial América Latina, 1979.

GARCÍA LIÉVANO, Enrique. Derecho internacional público. 6a. ed. Bogotá: Temis, 2005

GÓMEZ ORFANEL, Germán. Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GROS ESPIELE, Héctor "La evolución del concepto de los derechos humanos: criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo". *Estudios sobre Derechos Humanos*. T. Carneas: Editorial Jurídica Venezolana. 1985

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: en la Ley Fundamental de Bonn*. Traductor: Joaquín Brage Camazano; Presentación y Estudio Preliminar por Francisco Fernández Segado. Madrid: S.L. – DYKINSON, 2003.

JULIO ESTRADA, Alexei. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1783. [Consulta: 30 Mayo, 2011] Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/heler/150606.htm>.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Prólogo de Ignacio de Otto. 2a. ed. Barcelona: Labor, 1977. p. 30.

_____. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. 2a. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional, 1983.

_____. *Teoría Pura del Derecho*. 4a ed. 9a reimp. - Buenos Aires: Eudeba, 2009.

LOMBARDI, Giorgi. *El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Estudio preliminar. Trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2 Ed. 2006.

LOPERA MESA, Gloria. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2006

LUCAS VERDU, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.

O'DONNELL, Daniel. La protección internacional de los derechos humanos. 2a. ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Lecciones de derecho internacional público. 2a. ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales: temas claves de la Constitución española. 7a. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PÉREZ TORO, William Fredy; VANEGAS YEPEZ, Alba Lucía y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario. Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés. Pobreza, Globalización y Derecho: Ámbitos global, internacional y regional de regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

SCHMITT, CARL. *Ensayos sobre la Dictadura: 1916-1932*. Estudio preliminar de José María Baño León. Trad. José Días García y Pedro Madrigal Devesa. Clásicos del pensamiento. Tercer Milenio. Madrid: Tecnos. 2013.

_____. La defensa de la Constitución. Prólogo Pedro de Vega, Trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. Trad. Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2006.

_____. *Teoría Política*. Trad. de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo de José Luis Villacanas. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Teoría de la Constitución*. Presentación y traducción de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano. 2a. ed. Bogotá: Fondo Editorial CEREC, 1997.

VANEGAS GIL, Pedro Pablo. Los estados de excepción en el régimen constitucional latinoamericano, una perspectiva comparada. Bogotá, 1996. Tesis (Abogado).

ZAGREBEISKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Madrid: Trotta, 1997. Trad. de Marina Gascón.

1.2. CAPÍTULOS DE LIBRO Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

ALZATE RÍOS, Luís Carlos. Derechos humanos y estados de excepción. [En línea]. <Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos93/los-estados-de-excepcion/los-estados-de-excepcion2.shtml>>. [Consulta: 30 Jun., 2011].

ARANGO, Rodolfo. Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. Tomado de su libro *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, 219-266

BARRETO ROZO, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. [Consulta: 20 Oct., 2013]. pp. 1-23. <Disponible en: <http://www.Palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006pdf/AntonioBarretoRozo.pdf>>.

BERNAL PULIDO, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. En: *Revista Derecho del Estado*. Diciembre, 1999. No. 7. p. 124.

BOBBIO, Norberto. “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos, 1981. pp. 129-155.

BONILLA, Daniel. (Eds.). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2005. pp. 83-151.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 2002): La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 549-591

_____. La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En: *Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Tomo 1. [En línea]. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. p. 39-62. <Disponible en: <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-01/Unidad2/Lecturas/1.pdf>>. [Consulta: 11 May., 2012].

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Contribución de los principios generales del derecho internacional a la precisión del núcleo duro de los derechos humanos. En: MARZAL, Antonio. *El núcleo duro de los derechos humanos*. Barcelona: J.M. Bosch, s.f. pp. 50-55

_____. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 395-440.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. Idea, validation and criticism of the principle balancing. *Boletín*

Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 65-100.

CARVAJAL R, Patricio Ignacio. Agamben, Giorgio, Estado de excepción (homo sacer II, 1). [En línea]. En: *Rev. Chilena de Derecho*. Vol. 33, No. 1 (Abr., 2006); Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100015&lng=es&nrm=iso.ISSN0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100015>. [Consulta: 25 Jun., 2009].

CARRETÓN M., Roberto. La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos. [En línea]. <Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1839/5.pdf>>. [Consulta: 30 Jul., 2013].

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Los estados de excepción constitucional en Colombia. [En línea]. En: *Ius et Praxis*. Vol. 8, No. 1 (2002); pp. 117-146. <Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100009&script=sci_arttext>. [Consulta: 17 Abr., 2010].

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Normalidad y excepción. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. No. 71 (May. – Ago., 2004), pp. 187-200.

_____. *La formación del Sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

D'ATENA, ANTONIO. "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos". [En línea]. En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Roma. Año 1. No. 1 (Ene. – Jun, de 2004); p. 293-306. Disponible en: <http://www2.juris.uniroma2.it/lecattedre/dirittocostituzionale/index.shtml>>. [Consulta: 18 Abr., 2012].

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1991, vol. 5, pp. 45-68.

FERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. La Constitución y la emergencia social en salud. [En línea]. <Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/769-la-constituci-la-emergencia-social-en-salud-.html>>. [Consulta: 25 Oct., 2012].

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La suspensión de las garantías establecidas en el convenio (Art. 15 CEDH). En *la Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. pp. 697-716.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. No. 39, 1993; pp. 195-250.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Constitucionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997)". En: Sousa, Buenaventura. y García, Mauricio. (dirs.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES. 2001. pp. 317-370.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo. "¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción", en *Documentos de Discusión de "DJS"*, Documento n.º 1, noviembre del 2005. Disponible en (<http://www.dejusticia.org>).

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo. ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción. Documento de discusión N.º. 1. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad: DJS. <Disponible en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interina&tema=estado_de_derecho&publicacion=177]. [Consulta: 24 julio, 2012].

GÓMEZ ISA, Felipe. Aportes y perspectivas del Sistema Africano: conferencia 16. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 93-117.

_____. El Sistema Africano de Derechos Humanos: conferencia 15. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 67-91.

GÓMEZ ORFANEL, Germán. El final de la república de Weimar y Carl Schmitt. En Estudios sobre Carl Schmitt. Fundación Cánovas del Castillo, 1996. pp. 213-230 [En línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11382>>. [Consulta: 13 Abr., 2009].

GÓMEZ VILA, Pedro Alejo. Facultades extraordinarias y estado de sitio. En: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (ed.). Estado de sitio y emergencia económica. Bogotá: Contraloría General de la República, 1985. pp. 147-176.

GUASTINI, Ricardo. Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En: MIGUEL CARBONELL y PEDRO P. CASTRO (Coordinadores). El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Lima - Perú: Palestra, 2010.

HEISS, Claudia. Reseña de state of exception de George Agamben. En: Revista de Ciencia Política. Vol. 25, No. 01 (2005); pp. 287-288.

HEYNS, Christof. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI / coord. por Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, 2a. Ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2004. pp. 595-620

ITURRALDE, Manuel. Estado de derecho vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia. En: BONILLA, Daniel. (Eds.). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2005. pp. 83-151.

_____. Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. En: *Revista de Estudios Sociales de la Universidad de los Andes*. No. 15 (Jun., 2005); pp. 29-46.

LANDA, César. Teorías de los derechos fundamentales. Publicado en Comisión Andina de Juristas Website; reproducido en Agenda Magna el 3 de febrero de 2009. [En línea]. <Disponible en: <http://agendamagna.wordpress.com/2009/02/03/teorias-de-los-derechos-fundamentales/>>. [Consulta: 20 Mar., 2010].

LOPEZ GARELLI, Mario. Los grandes aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: conferencia 6. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 35-46.

MARTÍNEZ MÁRQUEZ, Wilmar. “La dictadura como encarnación de lo político: anotaciones en torno a Carl Schmitt”. *Estudios Políticos*, N°. 34, Enero-junio 2009. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 47-62.

MELÉNDEZ, Florentín. Los Derechos Fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos. Madrid, 1997. Tesis (Doctor en Estudios Superiores de Derecho Constitucional). <Disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0038001.pdf>>. [Consulta: 15, mayo, 2009].

MENDIETA GONZÁLEZ, David. La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia. En: *Revista Vniversitas*. Bogotá (Colombia). No. 120 (Ene. – Jun., 2010), pp. 61-84.

MORTE GÓMEZ, Carmen. El Sistema Europeo de Derechos Humanos. Conferencia 13. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín, pp. 119-135.

NALDI, G.J. Y MAGLIVERAS, K.D.: The African Court of Justice. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Vol. 66, N°1, Stuttgart, 2006

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos

fundamentales. [En línea]. En: Ius et Praxis. Vol. 11, No. 2. (2005); pp. 15- 64. <Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122005000200002>. [Consulta: 15 Ago., 2012].

O'DONNELL, Daniel. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional, Vol. I y II. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU, 2004

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol. III, No. 1 (2005); pp. 231-242.

PERELLO DOMENECH, Isabel. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En: Jueces para la democracia. Información y Debate. 1997. No. 28. pp. 69-85.

PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos. Compilación: "Constituciones políticas nacionales de Colombia". 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009

PUIG CICCHINI, Guido. Derechos humanos y garantías en los estados de excepción. En: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V. Número Especial (2011); pp. 55-68.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo Andrés. "Sentencia C- 252 de 2010: Inconstitucional la emergencia social, diferimiento de los efectos de decretos en materia tributaria". Iureamicorum, Blog de teoría jurídica y derecho constitucional. Publicado el 17 de abril del 2010. [En línea] <Disponible en: <http://iureamicorum.blogspot.com/2010/04/inconstitucional-la-emergencia-social.html>>. [Consulta: 25 Oct., 2013].

REALES GUTIÉRREZ, Clara Elena. "El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción". En: CEPEDA, Jose Manuel, MONTEALEGRE, Eduardo y ALEXEI, Julio. *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 615-713.

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel. Las obligaciones internacionales de Colombia en materia de DDHH. Conferencia 1a. En: *Primera clínica legal en litigio estratégico en derechos humanos y control difuso de convencionalidad, del 25 al 27 de agosto de 2014*. Medellín: Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "El bloque de constitucionalidad" en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas S.A, 1991

_____. "Juez y Ley desde el punto de vista de la igualdad", en Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria. El Sistema Africano de Derechos Humanos y de Los Pueblos. Prolegómenos: Organización y Funcionamiento, UNAM, Facultad de Derecho, 2004

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, N. 7, julio-septiembre 2004, pp. 187-226. Disponible en: <http://www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf>

_____. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo? *Cuadernos de derecho público*, 2001, No 13, pp. 153-170.

SALVIOLI, Fabián. El Sistema de Naciones Unidas de Protección de Derechos Humanos: Mecanismos convencionales y extraconvencionales. Su incidencia en el caso de Colombia. Casos prácticos. Conferencia 5a. En: *Primera clínica legal en litigio estratégico en derechos humanos y control difuso de convencionalidad del 25 al 27 de agosto de 2014*. Medellín: Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos, Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín.

SOLANO, Auxiliadora. El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: conferencia 7. En: *Memorias Segundo Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección del 1 al 12 de diciembre de 2014*. Medellín: Instituto Colombiano de Derechos Humanos y Alcaldía de Medellín. pp. 47-66.

TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. [En línea]. En: Cuestiones Constitucionales. No. 15 (2006); pp. 1-64. <Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>>. [Consulta: 9 May., 2011].

TRATADO DE PAZ DE VERSALLES, del 28 de junio de 1919, Sociedad de las Naciones, Salón de los espejos del palacio de Versalles, Francia. [Consulta: 8 Mayo, 2011]. Disponible en: <http://www.versailles3d.com/es/au-cours-des-siecles/>.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina”. En: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*. Vol I. Publicación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

_____. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. [En línea]. En: *Derecho Público*. Bogotá. No. 12 (2001); pp. 35- 66. <Disponible en:

http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/417/1/cap1c-ruprimny-legiti_convenien.pdf>. [Consulta: 11 Oct., 2012].

VEGA GARCÍA, Pedro de: Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español. En: *Revista de Política Comparada*. No. 10 y 11. (1984); pp. 396-409

ZOVATTO G., Daniel. La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos humanos. [En línea]. En: *Revista IIDH*. No. 7 (1988); pp. 43–65. <Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/7/dtr/dtr3.pdf>>. [Consulta: 30 Abr., 2012].

ZOVATTO G., Daniel. Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina. *Jurídica Venezolana*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, 1990. p. 125 [En línea]. <Disponible en: www.derecho.uba.ar/.../R000E01A005_0008_p-d-constitucional1.pdf>. [Consulta: 3 Abr., 2014].

2. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

2.1 INSTRUMENTOS

BÜHLER, Ottmar. *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Ed. Eloy García. Clásicos del pensamiento. Madrid: Tecnos, 2010. pp. 358 y ss.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. [En línea]. <Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-4610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf>. [Consulta: 30 Oct., 2011].

CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958. [En línea]. <Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>>. [Consulta: 30 Oct., 2011].

CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. [En línea]. <Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. [Consulta: 30 Oct., 2011].

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945. [En línea]. <Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>>. [Consulta: 30 May., 2011].

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. [En línea]. <Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. [Consulta: 30 May., 2012].

CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>>. [Consulta: 30 May., 2012].

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. [En línea]. <Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. [Consulta: 31 May., 2012].

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [En línea]. <Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>>. [Consulta: 31 May., 2012].

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. "Convención de Belem Do Para", adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [En línea]. <Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>>. [Consulta: 1 Jun., 2012].

CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII. [En línea]. <Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm>. [Consulta: 1 Jun., 2012].

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>. [Consulta: 1 Jun., 2012].

DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Adoptada por la Asamblea General, Res. 3452 (XXX), anexo, 30 U.N. GAOR Sup. (No. 34) P. 9, ONU Doc. A/10034 (1975). [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/tortura.htm>>. [Consulta: 1 Jun., 2012].

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789. [En línea]. <Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>>. [Consulta: 1 Jun., 2012].

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. [En línea]. Disponible en: www.un.org/es/documents/udhr. [Consulta: 1 Jun., 2012].

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948. [En línea]. <Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. [Consulta: 2 Jun., 2012].

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DE 1949. Consultado el 22 de febrero de 2011 en. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> >. [Consulta: 2 Jun., 2012].

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.. [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. [Consulta: 2 Jun., 2012].

SEGUNDO PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DESTINADOS A ABOLIR LA PENA DE MUERTE. Fue aprobado el 15 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 11 de julio de 1991. [En línea]. <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-death.htm>>. [Consulta: 12 Sept., 2011].

2.2 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, OPINIONES E INFORMES

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe final. [En línea]. Lima: CVR., 2003, p. 59. Tomo VI. <Disponible en: www.cverdad.org.pe>. [Consulta: 25 Oct., 2013].

COMISIÓN EUROPA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lawless*. Serie B. 1960-1961.

_____. *The GREEK Case. Informe*. 1969. Doc. 15. 707/1. Vol. I

_____. *Caso de Irlanda del Norte contra Reino Unido*. *Supra* nota 22. J. E. HARTMAN. *Supra* nota 5. pp. 31 v ss

_____. Informe Anual: 1978. OEA/Ser. L/V/II. 47. doc. 13. rev. 1. 1979. p. 24. [En línea]. < Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos>>. [Consulta: 15 Sept., 2013]

_____. OEA/Ser.L/V/II.43 doc. 19 corr. 1. 31 de enero de 1978, original español. [En línea]. < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Uruguay78sp/indice.htm>>. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. OEA/Ser.L/V/II.43 doc. 19 corr. 1. 31 de enero de 1978, original español. [En línea]. < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Uruguay78sp/indice.htm>>. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. OEA/Ser.L/V/II.46 doc.23 rev. 1. 17 de noviembre de 1978, original español. [En línea]. < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador78sp/indice.htm>>. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. OEA/Ser.L/V/II.44 doc. 38, rev. 1. 22 de junio de 1978, original español. [En línea]. < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Panama78sp/indice.htm> >. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. OEA/Ser.L/V/II.46 Doc. 66 rev. 1. 13 de septiembre de 1979, original frances. [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Haiti79sp/indice.htm> >. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. Informe Anual: 1979-1980. OEA/Ser. L/V/II. 50. doc. 13. rev. 1. 1980. pp. 114-115. [En línea]. <Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos>>. [Consulta: 15 Sept., 2014].

_____. OEA/Ser.L/V/II.49 doc. 19. 11 de abril de 1980, original español. [En línea]. <Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm>>. [Consulta: 12 Sept., 2013]

_____. OEA/Ser. L/V/II 53, doc. 6, rev. 2. 13 de octubre de 1981, original español. [En línea]. <Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Conclusiones.html#A.>>. [Consulta: 15 Sept., 2013]

_____. OEA/Ser.L/V/II.53 Doc. 21 rev. 2. 13 de octubre de 1981, original español.. [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala81sp/indice.htm> >. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. OEA/Ser.L/V/II.61 Doc.29 rev. 1. 4 de octubre de 1983, original español.. [En línea] < Disponible <http://www.cidh.org/countryrep/Cuba83sp/indice.htm>>. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3. 29 de noviembre de 1983, original español. < [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Miskitosesp/Indice.htm> >. [Consulta: 20 Febr., 2015].

_____. OEA/Ser.L/V/II.84, doc. 39 rev. Conclusiones y recomendaciones, párrs. 1 y 2. [En línea]. <Disponible en:

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/recomendaciones> >. [Consulta: 12 Sept., 2013].

_____. "Mini-Informes" sobre El Salvador, Nicaragua, Chile y Paraguay contenidos en el *Informe Anual de la CIDH de 1985-1986*. OEA/Ser. L/V/II. 68. Doc. 8. rev. 1. Original español. [En línea]. < Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos>>. [Consulta: 16 Sept., 2014].

_____. OEA/Ser.L/V/II.71. Doc. 19 rev. 1. 28 de septiembre de 1987, original español.. [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay87sp/indice.htm> >. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 9 rev. 1. 7 de septiembre de 1988, original inglés. [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Haiti88sp/indice.htm> >. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. OEA/Ser. L/V/II 77, doc. 18, rev. 1. 18 de mayo de 1990, original español.. [En línea] < Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Indice.htm> >. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. Observaciones preliminares sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010. 3 de junio de 2010.. [En línea] < Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Honduras10sp/Honduras10.Indice.htm> >. [Consulta: 22 Febr., 2015]

_____. Conclusiones y recomendaciones: segundo informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Washington: Organización de Estados Americanos, marzo, 1994. [En línea].<Disponible en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/>>. [Consulta: 12 Sept., 2013].

_____. OEA/Ser. L/V/II 84, doc. 39, rev. 14 de octubre de 1993, original español, p. 21. [En línea] < Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/indice.htm>>. [Consulta: 30 Febr., 2015]

_____. Caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. [En línea]. <Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.html>>. [Consulta: 12 Sept., 2013].

_____. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999. Original: Inglés. [En línea] < Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/Resumen.htm>>. [Consulta: 30 Febr., 2015]

_____. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 49, 31 de diciembre de 2013, original español. [En línea] < Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pais.asp>>. [Consulta: 30 Febr., 2015]

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Lawless case (Merits) sentencia del 1 de julio de 196, párrafo 28 de los considerandos. www.coe.int.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-6/86 sobre La expresión leyes en el artículo 30 de la CADH del 9 de mayo de 1986.

_____. Opinión Consultiva 08/87: “el Habeas Corpus bajo suspensión de garantías”, del 30 de enero de 1987.

_____. Opinión Consultiva 09/87: “Garantías judiciales en Estados de emergencia” del 6 de octubre de 1987.

NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Estados de excepción y suspensión de derechos”, 2001.

NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comentario General 5/23. Suplemento N. 40 (A/36/40)

NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N. 40 (A/34/40), pp. 17 y ss. Informe de Chile.

NACIONES UNIDAS. Informe del Relator especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Décima lista de Estados que desde el 1° de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción. 1997. [En línea]. <Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouylist.html>>. [Consulta: 20 Abr., 2011].

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos. *Manual calificación de conductas*. [En línea]. Edición 1. Año 2010. Tomo I. p. 23. <Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/publicaciones.php3>> [Consulta: 30 May., 2011].

3. NORMATIVIDAD COLOMBIANA

CONSTITUCIÓN DE CÚCUTA DE 1821. PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos. Compilación: “Constituciones políticas nacionales de Colombia”. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1886. PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos. Compilación: “Constituciones políticas nacionales de Colombia”. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991. PIEDRAHITA RESTREPO, Carlos. *Compilación: “Constituciones políticas nacionales de Colombia”*. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991. GACETA CONSTITUCIONAL No. 20 de marzo 20 de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 25 de marzo 20 de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 29 de marzo 30 de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 31 de 1 de abril de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 51 de abril 16 de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 76 de mayo 18 de 1991.

_____. GACETA CONSTITUCIONAL No. 81 de mayo 24 de 1991.

DECRETO 333 de 1992. Por el cual se declara el Estado de emergencia social. Perturbación del clima laboral en el sector oficial, originada en la falta de alza oportuna de salarios. Diario Oficial No. 40.350 del 24 de febrero de 1992.

DECRETO 680 de 1992. Se declara estado de emergencia. Racionamiento de energía debido al verano intenso producido por el fenómeno "El Niño". Diario Oficial No. 40.430 del 23 de abril de 1992.

DECRETO 1155 de 1992. Por el cual se declara por primera vez el estado de conmoción interior. Eventual excarcelación masiva de detenidos por la justicia regional. Diario Oficial, No. 40498 del 10 julio de 1992.

DECRETO 1793 de 1992. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Agravación del orden público por acciones terroristas de la guerrilla y la delincuencia organizada. Diario Oficial, No. 40659 del noviembre 9 de 1992.

DECRETO 0261 de 1993. Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior. Diario Oficial, No. 43903 del 22 de febrero de 1993.

DECRETO 0829 de 1993. Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior. Diario Oficial, No. 40861 del 6 de mayo de 1993.

DECRETO 0874 de 1994. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Eventual excarcelación masiva de detenidos por la justicia regional. Diario Oficial, No. 41339 del 1 de mayo de 1994.

DECRETO 1178 de 1994. El Presidente decretó el estado de emergencia en razón de la grave calamidad pública sufrida por los departamentos de Huila y Cauca por la avalancha y el desbordamiento del río Páez, que se presentó tras el sismo en cercanías del Municipio de Toribio (Cauca) el 6 de junio de 1994. Diario Oficial No. 41.393, del 16 de junio de 1994.

DECRETO 1370 de 1995. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Alteración del orden público por masacres y acciones de la delincuencia común organizada. Diario Oficial, No. 41966 del 16 de agosto de 1995.

DECRETO 1900 de 1995. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Alteración del orden público, asesinato de Álvaro Gómez Hurtado. Diario oficial, No. 42075 del 2 de noviembre de 1995.

DECRETO 0208 de 1996. Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior. Diario Oficial, No. 42702 del 29 de enero de 1996.

DECRETO 0777 de 1996. Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior. Diario Oficial, No. 42776 del 30 de abril 30 de 1996.

DECRETO 080 de 1997. El Gobierno declaró el Estado de emergencia económica y social a partir de la revaluación del peso, acumulación de reservas y déficit fiscal. Diario Oficial No. 42.956, del 13 de enero de 1997.

DECRETO 2330 de 1998. Se declaró la emergencia económica y social, debido a una grave crisis financiera en los establecimientos de crédito por el UPAC. Diario Oficial No. 43.430, del 16 de noviembre de 1998.

DECRETO 195 de 1999. Segunda declaratoria de emergencia por razón de grave calamidad pública, después de la ocurrencia del terremoto del Eje Cafetero que se presentó el 25 de enero de 1999. Diario Oficial No. 43.489, del 30 de enero de 1999.

DECRETO 1837 de 2002. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Acciones de grupos armados ilegales, violaciones al DIH, acciones contra la población civil y autoridades locales. Diario Oficial, No. 44897 del 11 agosto de 2002.

DECRETO 2555 de 2002. Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior. Diario Oficial, No. 44992 del 8 de noviembre de 2002.

DECRETO 195 de 2003. Prórroga el estado de conmoción interior. Subsistencia de causas de perturbación e incapacidad para conjurarlas con los medios ordinarios.

DECRETO 3929 de 2008. Por el cual se declara el estado de conmoción interior. Paro en la rama judicial. Diario Oficial No. 47.137 del 9 de octubre de 2008.

DECRETO 4333 de 2008. Se decreta el estado de emergencia en razón a la proliferación de personas jurídicas y naturales que se desempeñaban como recaudadores ilegales de dinero. Diario Oficial No. 47.176 del 17 de noviembre de 2008.

DECRETO 4975 de 2009. Se decreta el Estado de emergencia económica y social en el Sistema de Seguridad Social en Salud. Diario Oficial No. 47.572 del 23 de diciembre de 2009.

DECRETO 2693 de 2010. Se decreta el estado de emergencia debido a la situación económica en la frontera con Venezuela debido al rompimiento de las relaciones diplomáticas entre Colombia y Venezuela. Diario Oficial No. 47.783 de 27 de julio de 2010.

DECRETO 4580 de 2010. Se declara la emergencia económica y social porque gran parte del territorio colombiano fue víctima de la devastadora “ola invernal”, conocida como el fenómeno de la Niña. Diario Oficial No. 47.916 del 7 de diciembre de 2010.

DECRETO 020 de 2011. Se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública, debido al fenómeno de la Niña. Diario Oficial No. 47.945 del 7 de enero de 2011.

LEY 137 DE 1994 (junio 2) por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. Diario Oficial. No. 41379. junio 3 de 1994.

LEY 684 DE 2001 (Octubre 21) por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones, octubre 21 de 2001.

4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES NACIONALES

4.1 CORTE CONSTITUCIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia T 002 Del 8 De Mayo De 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero

_____. Sentencia C-004 de 1992 del 7 de mayo de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia T-406 del 5 de Junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón

_____. Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-447 del 9 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-448 del 9 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C- 556 del 15 de octubre de 1992, Sin ponente expresó.

_____. Sentencia C-557 del 15 de octubre de 1992. Magistrados Ponentes: Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia T 571 del 26 de octubre de 1992. M.P. Jaime Sanin Griffenstein

_____. Sentencia C-031 del 1 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz..

_____. Sentencia C-059 del 23 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia No. C-295 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia T- 308 del 4 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

_____. Sentencia C –179 del 13 de abril de 1994. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-300 del 1 de julio de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-366 del 18 de Agosto de 1994. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia C-031 del 3 de febrero de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-466 del 18 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-027 del 29 de enero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-045 del 8 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C-067 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

_____. Sentencia C-092 del 7 de marzo de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-135 del 9 de abril de 1996. Magistrados Ponentes: Dr. Jorge Arango Mejía, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-136 del 9 de abril de 1996. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-295 del 5 de julio de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-328 del 25 de julio de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-565 del 6 de Noviembre 1996. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-122 del 12 de marzo de 1997. Magistrados Ponentes: Dr. Antonio Barrera Carbonell, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-251 del 28 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia SU-257 del 28 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-191 del 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-122 del 1 de marzo de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia C-156 del 10 de marzo de 1999. Magistrada Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

_____. Sentencia C-216 del 14 de abril de 1999. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell

_____. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-673 del 28 de junio de 2001. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-251 del 11 de abril de 2002. Magistrados Ponentes: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____. Sentencia C- 881 del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

_____. Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

_____. Sentencia C-939 del 31 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia C-1024 del 26 de Noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C-063 del 4 de febrero de 2003. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia C-149 del 25 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-327 del 29 de abril de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

_____. Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

_____. Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

_____. Sentencia C-756 del 30 de Julio de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T 760 de 2008, del 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

_____. Sentencia C-070 del 12 de febrero del 2009. Magistrados Ponentes: Dr. Humberto Sierra Porto, Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez.

_____. Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. Sentencia C-942 del 16 de Diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Salvamento de voto de la magistrada María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-136 del 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Nilsón Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia 224 del 30 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C-225 del 30 de marzo de 2009. Magistrada Ponente: Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez.

_____. Sentencia C-226 del 30 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

_____. Sentencia C-254 del 2 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

_____. Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

_____. Sentencia C-252 del 16 de abril del 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C-302 del 28 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia C- 843 del 28 de octubre de 2010 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-884 del 10 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-1032 del 28 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

_____. Sentencia C-156 del 9 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

_____. Sentencia C-216 del 29 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

_____. Sentencia C- 217 del 29 de Marzo de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C-243 del 4 de Abril de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

_____. Sentencia C-244 del 4 de Abril de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

4.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CONSEJO DE ESTADO

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena de la Corte. Magistrados Ponentes: José Gabriel de la Vega y Eustorgio Sarria, 15 de octubre de 1974.

_____. Sentencia No. 54 de 1987. Magistrados Ponentes: Dr. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia No. 59 del 24 de mayo de 1990. Sin ponente expreso

_____. Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990. Magistrados Ponentes: Dr. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Radicado número 11001-03-15-000-2010-00352-00(CA) del 01 de Junio de 2010.

TABLAS

Tabla 2. Derechos restringibles en estado de normalidad según la CADH y el PIDCP

DERECHO	CADH: Artículo que permite la limitación	PIDCP: Artículo que permite la limitación
Derecho de circulación	Art. 22.3 y 22.4	Art. 12.3
Libertad de religión	Art. 12.3	Art. 18.3
Libertad de expresión	Art. 13.2, 13.4 y 13.5	Art. 19.3
Libertad de asociación	Art. 16.2 y 16.3	Art. 22.2
Libertad de reunión	Art. 15	Art. 21

Tabla 3. Núcleo duro de derechos humanos según la CADH, el PIDCP y el CEDH

DERECHO	CADH Artículo que permite la limitación	PIDCP: Artículo que permite la limitación	CEDH Artículo que permite la limitación
Derecho a la vida	Art. 6	Art. 4	Art. 2
Prohibición de la tortura	Art. 7		Art. 3
Derecho a la integridad personal		Art. 5	
Prohibición de la esclavitud y servidumbre	Art. 8	Art. 6	Art. 4.1
Prohibición de prisión por deuda contractual	Art. 11		
No retroactividad de la ley penal legalidad	Art. 15	Art. 9	Art. 7
Reconocimiento de la personalidad jurídica	Art. 16	Art. 3	
Libertad de conciencia y religión	Art. 18	Art. 12	
Protección de la familia		Art. 17	
Los derechos del niño		Art. 19	

DERECHO	CADH Artículo que permite la limitación	PIDCP: Artículo que permite la limitación	CEDH Artículo que permite la limitación
Derecho a la nacionalidad		Art. 20	
Los derechos políticos		Art. 23	
Garantías judiciales para proteger tales derechos		Art. 8 y 25	

Tabla 4. Declaratorias de conmoción interior gobierno Gaviria: 1990-1994

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADA S	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
1155/1992	Declarativo	Presidente de la República	Territori o nacional	La finalidad es impedir la libertad de varios sindicatos durante la justicia regional	Habeas corpus, libertad personal, debido proceso.	C556/1992 (Exequible)
1156/1992	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se suspende la acción de habeas corpus	Habeas corpus, libertad personal, debido proceso.	C557 de 1992 Exequible
1195/1992	Levanta	Presidente de la República	Territori o nacional	Se levanta el estado de conmoción interior	No	C597 de 1992 Exequible
1793/1992	Declarativo	Presidente de la República	Territori o nacional	Ante el creciente accionar de grupos guerrilleros y narcoterrorista s se declara el estado de	vulneró el debido proceso y la garantía procesal de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo	031 de 1993 Exequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				conmoción interior.		
261/1993	Primera Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga el estado de conmoción interior por primera vez		C-154 de 1993 Exequible
829/1993	Segunda Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga el estado de conmoción interior por segunda vez.	Debido proceso.	C-294 de 1993 Exequible
1810/1992	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se Otorgan facultades de policía judicial a las fuerzas militares y a la policía, en los lugares donde no existe presencia de policía judicial.		C-034 de 1993 Exequible
1811/1992	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prohíbe a alcaldes y gobernadores	Si bien no se podría decir que se suspenden derechos	C-032 de 1993 Exequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				adelantar cualquier tipo de acercamiento o conversación con grupos armados ilegales.	fundamentales, la norma implica un recorte al principio de autonomía de las entidades territoriales.	
1941/1992	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan funciones transitorias de fiscales a los jueces penales en los lugares donde no existe fiscalías, ello a fin de evitar la impunidad.	Debido proceso, principio democrático y de separación de poderes. Nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo	C-059 de 1993 Exequible
1515/1993	Prórroga y Levantamiento	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga por 90 días más el estado de conmoción interior.	NO	C-464 de 1993 Exequible
874/1994	Declarativo	Presidente de la República	Territorio	Se declara la conmoción	No	C-300 de 1994 Inexequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADA S	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
			nacional	interior por liberación de personas sindicadas de graves delitos, debido a la proximidad de vencimiento de términos en sus procesos judiciales.		
875/1994	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se declara la emergencia judicial y se modifican reglas del código penal y de procedimiento penal.	Violación al debido proceso, prohibición de modificar o expedir códigos propia del legislador, violación al principio de independencia y autonomía judicial, violación al principio democrático.	C-309 de 1994 Inexequible
951/1994	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan normas sobre la	Debido proceso, libertad personal, Derecho a la doble	C-310 de 1994 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				competencia judicial sobre el conocimiento de algunos delitos y se suspenden algunos términos y recursos frente a ciertos delitos	instancia, también se sacrifica el principio democrático, y se restringe el principio de autonomía e independencia de la rama judicial	
952/1994	levantamiento	Presidente de la República	Territorio nacional	Se levanta el estado de conmoción interior.	No	C-338 de 1994 Inexequible

Tabla 5. Declaratorias de conmoción interior gobierno Samper: 1994-1998

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
1370/1995	Declarativo	Presidente de la República	Territori o nacional	Debido a la escalada criminal de las bandas delincuenciales y la subversión se declara el estado de conmoción interior	NO	C446 de 1995 Inexequible
1371/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan disposiciones contra la delincuencia organizada, se crean nuevos tipos penales contra el concierto para delinquir	Debido proceso, legalidad de la pena, se viola el principio democrático al atribuirse tareas propias del legislador.	C488 de 1995 Inexequible
1372/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan normas en materia	Debido proceso, legalidad de la pena, se viola el principio	C503 de 1995 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				carcelaria, se crean y modifican tipos penales frente a la actuación de funcionarios y presos.	democrático al atribuirse tareas propias del legislador.	
1410/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se dictan normas en materia contravencional y pena, se dispone de procedimientos especiales para flagrancia.	Debido proceso, principio de legalidad.	C519 de 1995 Inexequible
1531/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Región de Urabá.	Se crea la corporación para la convivencia ciudadana en la región de Urabá, entidad encargada de velar por la promoción del respeto a los derechos	NO	C520 de 1995 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				humanos y emprender programas sociales en dicha zona.		
1532/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se adoptan medidas presupuestales para el año 1995.	Principio de necesidad, se viola el principio democrático al atribuirse funciones presupuestales propias del legislativo y sin su visto bueno.	C534 de 1995 Inexequible
1590/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Región de Urabá	Se dictan normas penales para la zona de Urabá, y se otorgan facultades especiales a la fuerza pública y fiscalía, frente a la interceptación de comunicaciones y limitación	Debido proceso, principio de legalidad, libertad personal, derecho de locomoción.	C535 de 1995 Inexequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				del derecho de circulación		
1723/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crean normas y organismos tendientes a detener la situación creciente de secuestros y extorciones, se dictan medidas para favorecer a las víctimas y familiares de estos delitos	Debido proceso, principio de legalidad.	C582 de 1995 Inexequible
1724/95	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se adicionan disposiciones al decreto 1410 del 1995	Debido proceso, principio de legalidad.	C560 de 1995 Inexequible
1900/1995	Declarativo	Presidente de la República	Territori o nacional	Debido a la creciente escalada del crimen organizado y del terrorismo y debido a la muerte del	NO	C027 de 1995 Exequible Álvaro Gómez Hurtado, y en lo demás inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				dirigente conservador Álvaro Gómez Hurtado, se declara el estado de conmoción interior por el término de 90 días.		
1901/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan a la fiscalía y entidades judiciales facultades para interceptar, allanar y capturar preventivamente a personas sospechosas de cometer o acordar la ejecución de delitos.	Debido proceso, principio de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la intimidad, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, derecho a la no autoincriminación	C067 de 1995 Exequible
1902/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se dictan normas contra la difusión de	No	C045 de 1996 Exequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				propaganda guerrillera		
2027/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se faculta a alcaldes y gobernadores para que en compañía del ministerio de defensa restrinjan la circulación de vehículos y personas.	Derecho de locomoción, debido proceso.	C092 de 1996 Inexequible
2238/1995	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crea el CONASE o Consejo nacional de lucha contra el Secuestro y demás atentados contra la Libertad Personal	NO	C135 de 1996 Condicionamente Exequible
0100/1996	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan normas y tipos penales contra	Legalidad de la pena, se viola el principio democrático al	C136 de 1996 Exequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				la fuga de presos y delitos cometidos en centro carcelario.	atribuirse tareas propias del legislador.	
0208/1996	Primera Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga el estado de conmoción interior	no	C153 de 1996 Exequible
0717/1996	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se delimitan las zonas de especiales de orden público se confiere potestades a gobernadores para que restrinjan el derecho de circulación, emitan ordenes de captura entre otros.	Debido proceso, presunción de inocencia. Libertad de circulación	C295 de 1996 Exequible parcialmente
0777/1996	Segunda Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga por segunda oportunidad y por 90 días el estado de	NO	C328 de 1996 Exequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				conmoción interior.		
0900/1996	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorga al comandante militar de mayor rango en las zonas delimitadas especiales de orden público para recaudar información y realizar un censo sobre la población	Derecho al buen nombre, intimidad, honra, presunción de inocencia, debido proceso.	C344 de 1996 Exequible
1303/1996	Levantamiento y prórroga de algunos decretos	Presidente de la República	Territorio nacional	Se levanta el estado de conmoción interior y se prórroga el efecto de algunos decretos	NO	C451 de 1996 Condicionamente Exequible
1311/1996	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se dictan normas de reincorporación de antiguos miembros de la	NO	C452 de 1996 Exequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALE S SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				fuerza pública y ciudadanos que prestaron servicios militar.		
1312/1996	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se prorroga la vigencia de algunas medidas.	NO	C453 de 1996 Exequible

Tabla 6. Declaratorias de conmoción interior gobierno Uribe: 2002-2010

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ACOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
1837 de 2002	Declarativo	Presidente de la República	Territorio nacional	Como consecuencia del actuar desbordado de los grupos terroristas se declara el estado de conmoción interior.	NO	C-802 de 2002 Exequibilidad
1838 de 2002	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	A fin de financiar el despliegue de la fuerza pública en contra de paramilitares y guerrillas se crea el impuesto al patrimonio.	Propiedad privada, se vulnera la titularidad del Congreso para fijar tributos, se afecta el principio democrático.	C-876 de 2002 Exequibilidad Parcial
2002 de 2002	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se créan las zonas de rehabilitación y consolidación, otorgándose a la fuerza amplias facultades judiciales.	Derecho a la propiedad privada, intimidad, buen nombre, libertad de locomoción, libertad persona, debido proceso.	Sentencia C-1024/02 Exequibilidad Parcial

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ACOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
2255 de 2002	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se dispone que en el evento de grave alteración de orden público o amenaza natural los concejos municipales y corporaciones públicas puedan celebrar sesiones no presenciales.	NO	C-008 de 2003 Exequibilidad Condicionada
2555 de 2002	Primera Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga por primera vez.	NO	C-063 de 2003 Exequible
245 de 2003	Segunda Prorroga	Presidente de la República	Territorio nacional	Se prorroga por segunda vez	NO	C-327 de 2003 Inexequible
3929 de 2008	Declarativo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se declara el estado de conmoción interior debido al paro de empleados de la rama judicial	NO	C-070 del 2009 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ACOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
3930 de 2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a la sala administrativa y jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura y se dictan otras disposiciones tendientes a la adopción de un plan de descongestión judicial.	Autonomía e independencia de la Rama Judicial, principio democrático.	C-071 de 2009 Inexequible
3955 de 2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a la sala administrativa del consejo superior de la judicatura y se dictan otras disposiciones. - la sala administrativa del consejo superior de la judicatura tomará las medidas necesarias para	Debido proceso, acceso a la administración de justicia, autonomía e independencia de la rama judicial, principio democrático.	C-072 de 2009 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ACOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				agilizar el trámite de las notificaciones personales que se deban surtir en cualquier tipo de proceso, incluidas las acciones de tutela		
3990 de 2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a la sala administrativa del consejo superior de la judicatura y se dictan otras disposiciones. - adoptar un plan nacional de descongestión, con el fin de contrarrestar los efectos adicionales de congestión generados por el cese de	NO	C-073 de 2009 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ACOPTADAS	DERECHOS FUNDAMENTALES SUPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				actividades en la rama judicial, el cual agudizó la situación existente y retrasó la pronta y cumplida administración de justicia		
021 de 2009	Levantamiento	Presidente de la República	Territorio nacional	Se declara conjurada la situación de congestión en la justicia y se levanta el estado de conmoción interior.	NO	C-176 de 2009 Inexequible

Tabla 7. Declaratorias de emergencia gobierno Gaviria: 1990-1994

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA DE QUE ADOPTA	SUSPENDE DERECHOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
0333/1992	Declara el estado de emergencia social	Presidente de la República	Territorio nacional		NO	C-004/1992 Exequible
680/1992	Declara el estado de emergencia social	Presidente de la República	Territorio nacional		NO	C-447/92 Exequible
77 00/1992	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Medidas sobre contratación, endeudamiento y tributación de entidades públicas que atienden generación, transmisión y redistribución de energía.	NO	C448/92 Exequible
1178/1994	Declara el estado de emergencia grave calamidad pública	Presidente de la República	Territorio nacional			C-366/94 Exequible

Tabla 8. Declaratorias de emergencia gobierno Samper: 1994-1998

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE SE ADOPTA	SUSPENDE DERECHOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
080/1997	declarativo	Presidente de la República	Territorio nacional	Declara el estado de emergencia económica	NO	C-222 de 1997 Inexequible
0081/97	Desarrollo	Ministerio de Hacienda	Territorio nacional	Crea impuestos sobre la financiación de la moneda extranjera, base gravable, causación, liquidación y pago del impuesto.	Si bien no suspende derechos fundamentales, se toma atribuciones de fijar impuesto propias del legislador, sacrificando le principio democrático y de separación de poderes.	C 127/97 Inexequible
0082/97	Desarrollo	Ministerio de Hacienda	Territorio nacional	Se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1997	Si bien no suspende derechos fundamentales, el Presidente en esta oportunidad	C128/97 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE SE ADOPTA	SUSPENDE DERECHOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
					se toma atribuciones propias de la rama legislativa, sacrificando el principio democrático	
0088/97	Desarrollo	Ministerio de Hacienda	Territorio nacional	Se decreta la tarjeta fiscal como control a la evasión de impuestos	NO	C129/97 Inexequible

Tabla 9. Declaratorias de emergencia gobierno Pastrana: 1998-2002

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS QUE SE ADOPTAN	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALID AD
2330/1998	Declara el Estado de emergencia económica	Presidente de la República	Territorio nacional	DECLARA EL ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL	NO	C-122 de 1999. Parcialmente Exequible, pero solo en función de las personas y sectores materialmente afectados por las

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS QUE SE ADOPTAN	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALID AD
	y social			DEBIDO A LA CRISIS FINANCIERA QUE ATRAVESABA EL PAIS		circunstancias a que alude el decreto: (i) los deudores individuales UPAC, (ii) las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras de ahorro y crédito; y las instituciones financieras de carácter público. En lo demás es Inexequible.
195/1999	estado de emergencia por razón de grave calamidad pública	Presidencia de la República	Territorio nacional	Debido a que el día 25 de enero de 1999 se produjo un terremoto cuyo epicentro fue el municipio de Córdoba, causando gran cantidad de muertos y heridos en municipios de los departamentos de Caldas, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca.	NO	C-216 de 1999 Inexequible

Tabla 10. Declaratorias de emergencia gobierno Uribe: 2002-2010

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
4333 /2008	Declarativo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se declara el estado de emergencia social porque han venido proliferando en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de ilegales, bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades	NO	C-135 de 2009 Exequible
4334/ 2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a la Superintendencia de Sociedades para intervenir y tomar posesión de las empresas	NO.	C-145 de 2009 Exequible parcialmente

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				captadoras de dinero		
4335/2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a alcaldes y Gobernadores para decretar el cierre de establecimientos de los que se infiera el desarrollo de actividades de captación masiva e ilegal de dinero	NO	C-136 de 2009 Exequible parcialmente
4336/2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Modifica algunos artículos de la ley penal colombiana y adiciona otros en los que se prohíbe la captación masiva e ilegal de dinero	Principio de legalidad, debido proceso, separación de poderes	C-224 de 2009 Exequible condicionado
4685/2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio Nacional	Por el cual se dicta una disposición en	NO	C-239/09 - INEXEQUIBLE

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				materia de extinción de dominio.		
4704/2008	Declaratorio	Presidente de la República	Territorio nacional	Se adoptan diversas medidas orientadas a detener los fenómenos que han venido amenazando la estabilidad y el orden social de las personas afectadas por los captadores o recaudadores de dinero que operan de manera ilegal	NO	C- 254 de 2009 Inexequible
4705 / 2008	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se adoptan medidas para que la Superintendencia de Sociedades intervenga las empresas captadoras ilegales de	NO	C-283 de 2009 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				dinero, enajene sus bienes y proceda a la devolución de los aportes		
044/2009	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se otorgan facultades a la Superintendencia financiera para adquirir los bienes producto de las actividades ilegales de captación de dinero, se crea plan de recompensas para quienes denuncien bienes de estas empresas ilícitas	Propiedad Privada	C-284 de 2009 Inexequible
045/2009	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se reglamentan las acciones de interventoría de las empresas captadoras de dinero y se dictan medidas para el	NO	C-256 de 2009 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				pago de los afectados.		
4975/2009	Declarativo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se declara el estado de emergencia social, debido a las dificultades del sistema de seguridad social en salud por la demanda excesiva de procedimientos médicos y la falta de recursos para la sostenibilidad del sistema	NO	C-252 del 2010 Inexequible
126/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se adoptan medidas para armonizar el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control – SIVC vigente para que la Superintendencia Nacional de	NO	C-302 de 2010 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				Salud pueda constituirse como el eje integrador del mismo, con el fin de garantizar la prestación efectiva del servicio de salud y la preservación de los recursos del SGSSS		
127/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territorio nacional	Se modifica el impuesto sobre las ventas aplicable a la cerveza y sobre los juegos de suerte y azar, incrementando las alícuotas actuales hasta la tarifa general del impuesto, así como las tarifas de los impuestos al consumo de licores, vinos, aperitivos y	Sacrifica el principio democrático. Afecta el principio de autonomía de las entidades territoriales, despojando a estos entes de los impuestos de las rentas generadas por las actividades de azar, licores y tabaco.	C-253 de 2010 Inexequible condicionado difiere sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				similares, y de cigarrillos y tabaco elaborado, destinando, por lo menos, los mayores ingresos generados a la salud.		
128/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Define y regula los principios, mecanismos, condiciones, instituciones y recursos, destinados a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, en adelante Prestaciones Excepcionales en Salud.	Derecho a la salud y seguridad social	C-288 de 2010 Inexequible
129/2010	Prorroga	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se adoptan medidas	Derecho a la	C- 291 de 2010 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				integrales que le permitan ejercer un control eficaz a la evasión y la elusión en el pago de las cotizaciones y aportes al Sistema, con lo cual se garantiza su sostenibilidad financiera y por ende el goce efectivo del derecho a la salud de la población.	salud y seguridad social	
130/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Medidas excepcionales para optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, como	Derecho a la salud y seguridad social	C-332 de 2010 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				arbitrio rentístico, con el fin de que se incorporen en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la financiación de los servicios que este cubre.		
131/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.	Derecho al trabajo de los médicos.	C-289 de 2010 Inexequible
132/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se establecen mecanismos para	NO	C-374 de 2010 Inexequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.		
133/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se adoptan medidas para garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones	NO	C-255 de 2010 Inexequible
134/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal	El Presidente asume funciones propias del legislativo, sacrificando el	C-297 de 2010 Inexequible condicionado difiere sus efectos hasta el 16 de diciembre de 2010

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				del 2010	principio democrático.	
135/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Territorio nacional	Se distribuyen recursos del fisco para la reducción del consumo de sustancias psicoactivas y su impacto	El Presidente asume funciones propias del legislativo	C-292 de 2010 Inexequible
2693/2010	Declarativo	Presidencia de la República	Boyacá, Cesar, La Guajira, Norte De Santander, Arauca Y Vichada	Debido a que las relaciones entre Colombia y Venezuela se han venido deteriorando progresivamente con consecuencias negativas en el comercio entre los dos países, afectándose el intercambio, y la economía de los territorios limítrofes con la República Bolivariana de	NO	C-843 del 2010 Exequible

DECRETO	TIPO DE DECRETO	AUTORIDAD QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDAS ADOPTADAS	DERECHOS SUSPENDIDOS	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
				Venezuela.		
2694/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Boyacá, Cesar, La Guajira, Norte De Santander, Arauca Y Vichada	Se adoptan medidas tributarias transitorias para estimular la actividad económica en los municipios que limitan con la República Bolivariana de Venezuela.	NO	C-884 de 2010 Exequible
2799/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Boyacá, Cesar, La Guajira, Norte de Santander, Arauca Y Vichada	Se exceptúan del pago del impuesto sobre las ventas en algunos productos en las zonas afectadas por la crisis fronteriza.	NO	C-911 de 2010 Exequible
3148/2010	Desarrollo	Presidencia de la República	Boyacá, Cesar, La Guajira, Arauca Vichada	Se decretan alivios tributarios sobre productos comercializados en las zonas de frontera.	NO	C-912 del 2010 Exequible

Tabla 11. Declaratorias de emergencia gobierno Santos: 2010-2015

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
4580 / 2010	Declarativo	Presidente de la República	Territori o nacional	Debido al fenómeno de la niña, y por las fuertes lluvias registradas en el país en los meses de julio y noviembre, se declara la situación de desastre nacional en el territorio colombiano	NO	C-156 de 2011 Exequible
4627/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Ante la crisis climática se toman medidas presupuestales.	Si bien no se suspenden derechos, el Presidente asume funciones propias del legislativo, sacrificando el principio democrático.	C-274 de 2011 Exequible Condicionado

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
4628/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o Nacional	Se declaran algunos bienes de interés público para su posterior expropiación.	Propiedad privada.	C- 227 de 2011 Exequible Condicionado
4629 /2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o Nacional	Se adoptan medidas tributarias y se modifican los montos de las transferencias.	El Presidente asume funciones propias del legislativo, sacrificando el principio democrático.	C-298 de 2011 Exequible
4832 / 2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crea el Fondo Nacional de Vivienda y se disponen subsidios de vivienda a familias afectadas	NO	C-244 de 2011 Exequible Condicionado
4673/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se confieren facultades a las corporaciones y autoridades ambientales para disponer de bienes sujetos a la medida de decomiso preventivo para atender las	Propiedad privada.	C-222 de 2011 Exequible Condicionado

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				necesidades generadas a raíz de la ola invernal.		
4674/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan medidas de prevención, coordinación y prevención del riesgo y se dispone de la ayuda de la fuerza pública.	NO	C-223 de 2011 Exequible
4702/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan normas sobre la dirección y conformación del Fondo de Calamidades.	NO	C-193 del 2011 Parcialmente Exequible
4703/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan normas presupuestales y se da la autorización de endeudamiento público a cargo de las entidades públicas.	Si bien no se suspenden derechos fundamentales, el Presidente asume funciones propias del legislativo, sacrificando el principio democrático.	C- 241 del 2011 Exequible Condicionado

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
4819/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se prorroga el plazo establecido para la liquidación de ETESA empresa territorial para la Salud.	NO	C-251 de 2011 Exequible
4820/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone la enajenación de una participación accionaria de la nación en ECOPETROL,	NO	C-242 de 2011 Inexequible
4821/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone hacer proyectos integrales de desarrollo Urbano y la intervención del gobierno en estos para la reutilización, recuperación y reasentamiento de las áreas afectadas por la Ola invernal.	NO	C-299 de 2011 Exequible Condicionado
4822/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone la suspensión de la restricción de aeronaves y	NO	C-224 de 2011 Exequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				operación de aeropuertos		
4823/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se introducen medidas de contratación con particulares para proyectos de interventoría y construcción en áreas afectadas		C-272 de 2011 Exequible
4824/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se declara la actividad de recolección y remoción de escombros como de utilidad pública,	Propiedad privada	C-297 de 2011 Exequible
4825/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crea una sobretasa al impuesto al patrimonio.	Propiedad privada.	C-243 del 2011 Exequible
4826/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone que los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio a cargo de	Propiedad privada.	C-296 de 2011 Parcialmente Exequible

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				la Dirección Nacional de estupefacientes se habiliten provisionalmente para atender las necesidades derivadas del fenómeno de la niña.		
4827/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone la flexibilización de los calendarios escolares y condicionamiento del uso de las instalaciones de las entidades educativas en las áreas afectadas.	Derecho a la Educación.	C-225 de 2011 Exequible
4828/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone realizar medidas de alivio e incentivos para la actividad agrícola en las zonas afectadas por el desastre.	NO	C- 300 de 2011 Exequible Condicionado

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
4829/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dispone el deber de los proveedores de telecomunicaciones para habilitar sus redes e infraestructura en las zonas afectadas.	PROPIEDAD PRIVADA.	C- 226 de 2011 Exequible Condicionado
4830/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se modifican las medidas presupuestales y de transferencias para favorecer el funcionamiento del Fondo Nacional de calamidades	Si bien no se suspenden derechos fundamentales, el Presidente asume funciones propias del legislativo, sacrificando el principio democrático.	C-194 de 2011 Exequible Condicionado
4831/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se dictan medidas para redistribuir los recursos del fondo nacional de regalías a fin de conjurar la crisis de infraestructura y	Si bien no se suspenden derechos fundamentales, el Presidente asume funciones	C- 240 de 2011 Exequible Condicionado

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
				habitacional producto de la ola invernal	propias del legislativo, sacrificando el principio democrático.	
4832/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se fortalece el Fondo Nacional para ejercer las acciones en materia de vivienda de interés prioritario, para atender los hogares afectados por la ola invernal	NO	C-244 de 2011 Exequible Condicionado
4833/2010	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se exonera a los damnificados del cobro de los servicios públicos domiciliarios de telecomunicacione s	NO	C-275 de 2011 Exequible
016/2011	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crea la figura del empleo de emergencia para los damnificados	NO	C-217 de 2011 Inexequible
20 /2011	Declaratori	Presidente de	Territori	Se declara el	NO	C-216 de 2011

DECRET O	TIPO DE DECRETO	AUTORIDA D QUE LO EXPIDE	ZONA DEL PAÍS	MEDIDA QUE ADOPTA	DERECHOS SUSPENDIDO S	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDA D
	o	la República	o nacional	estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública, porque se han presentado hechos nuevos relacionados con el Fenómeno de “La Niña”, los cuales fueron posteriores a la expedición del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010		Inexequible
130/2011	Desarrollo	Presidente de la República	Territori o nacional	Se crea el denominado empleo de emergencia.	NO	C- 252 de 2011 Inexequible)